QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

14

(1985)

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAGINA INTRODUTTIVA

Questo volume intende essere la prosecuzione e il compimento di un'operazione culturale avviata nel ' Quaderno ' precedente. Come fu preannunciato un anno fa, il colloquio è ora con alcune voci particolarmente prestigiose e metodologicamente significative di antropologi del diritto raccolte, coordinate e introdotte da Alberto Febbrajo.

Così come nel saggio introduttivo collocato nel ' Quaderno ' XIII Febbrajo affrontò il tema — e problema — dei rapporti fra storia e sociologia del diritto offrendo alcune illuminanti indicazioni di lettura, oggi si devono a lui alcune premesse limpide e chiarificatrici sulle complesse relazioni che accostano e differenziano la sociologia e la antropologia giuridiche, nonché sui loro legami con la storia del diritto. È proprio a queste pagine che si rimanda il lettore che voglia percepire puntualmente il senso della sezione monografica del presente volume, e cioè il senso del colloquio impostato or è un anno e che oggi si conclude. Si conclude nella ridotta economia di questo nostro foglio ma con la dichiarata speranza del Redattore di aver contribuito, pur minimamente, a una coscienza più complessa, meno chiusa e formalistica, sia dello storico che del sociologo del diritto.

Ad Alberto Febbrajo rinnoviamo anche questa volta il nostro grazie più schietto per la generosa e intelligente fatica spesa in favore dei ' Quaderni '. La sezione da lui curata non esaurisce l'attuale volume — che si segnala, anzi, per una varia ricchezza di rilevanti contributi scientifici — ma ne costituisce senza dubbio la parte centrale e caratterizzante.

PAOLO GROSSI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

STORIA E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

a cura di ALBERTO FEBBRAJO

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PREFAZIONE

Nelle pagine che seguono, ad attuazione di un programma di « apertura » a discipline limitrofe alla storia del diritto avviato nel ' Quaderno XIII ', si presenta un secondo gruppo di contributi.

Questa volta di scena non sono i sociologi ma gli antropologi del diritto che, come è noto, sono legati ai primi da una miriade di fili, talvolta più appariscenti, talaltra più sottili e impercettibili per gli stessi addetti ai lavori.

Dopo una introduzione che cerca di illustrare, in modo forzatamente parziale, i complessi rapporti tra sociologia e antropologia giuridica, verranno presentati cinque saggi antropologici inediti.

I primi due contributi, pur muovendo da angolazioni diverse, formano nel loro complesso un discorso unitario, affrontando rispettivamente i problemi — centrali per ogni seria comparazione interculturale — della determinazione del contenuto concettuale minimo del diritto, e dei suoi criteri di razionalità. Nel primo di essi Leopold Pospisil riprende e approfondisce la definizione del concetto di diritto già proposta nel suo notissimo volume *Anthropology of Law*, che costituisce ormai un punto di riferimento d'obbligo per ogni cultore della materia e che è prossimo ad apparire in edizione italiana. Nel secondo, Wilbert E. Moore e Joyce Sterling, dopo essersi riallacciati sia pure con qualche riserva allo stesso Pospisil, svolgono un'ampia discussione dei criteri di razionalità del diritto, che tiene conto anche di contributi empirici recenti.

Gli altri tre contributi, che a differenza dei precedenti hanno carattere più specifico e settoriale, e quindi vengono raggruppati in una sezione apposita, giungono egualmente a toccare temi di fondo della ricerca antropologica. Nel primo di essi Paul Henry Stahl, autore di alcuni tra i più significativi studi antropologici

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di lingua francese e già noto in Italia attraverso numerose traduzioni di suoi lavori, offre un esempio di come si possano fondere elementi esplicativi intragiuridici ed extragiuridici alla luce di quella etnostoria di cui è stato un precursore. Nel successivo contributo, Rüdiger Schott, che può oggi annoverarsi tra i più autorevoli antropologi del diritto della Repubblica federale tedesca, giunge, in sede di trattazione di un caso di diritto vivente africano, a toccare il tema cruciale dei limiti che dovrebbe osservare una critica non etnocentrica dei diritti « primitivi ». Questo tema è poi ripreso e approfondito da Sandra Burman, nota antropologa di Oxford, con particolare riferimento all'esperienza del Sud Africa, che costituisce attualmente uno degli osservatori più interessanti per cogliere le difficoltà che si frappongono ad un « giusto » bilanciamento tra culture diverse.

È appena necessario aggiungere che i lavori presentati, indicando tendenze particolarmente significative nei rispettivi contesti culturali, offrono un quadro rappresentativo ma ovviamente incompleto delle scuole e degli indirizzi che caratterizzano il panorama della attuale antropologia giuridica.

A. F.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Introduzione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALBERTO FEBBRAJO

SOCIOLOGIA E ANTROPOLOGIA DEL DIRITTO

1. *Premessa.*

I rapporti tra sociologia del diritto e antropologia giuridica non sono oggi facilmente definibili, né forse lo sono mai stati.

Attualmente, però, si assiste ad una situazione paradossale. Mentre la distinzione tra le due discipline, almeno nel nostro contesto culturale, sembra correre lungo binari accademici già consolidati, che appaiono in molti tratti paralleli, continuano tuttavia a scarseggiare i tentativi volti ad agganciare tra loro le due discipline, ormai avviate separatamente per il proprio cammino. Il presupposto di un consapevole aumento di interrelazioni, che cioè entrambe si fermino per una pausa di riflessione onde economizzare e razionalizzare gli sforzi, risulta altamente improbabile. Vi sono comunque segni di un rallentamento e di un controllo dei reciproci percorsi.

Nel seguito si cercherà di cogliere alcuni aspetti di questa complessa relazione interdisciplinare muovendo da modelli assai semplici e stilizzati che spesso sono stati esplicitamente o implicitamente adottati per rappresentarla. Discutendoli sarà possibile mettere in luce, proprio per la estrema schematicità dei modelli, alcuni aspetti salienti dei possibili rapporti reciproci tra le due discipline, e di queste con la storia del diritto.

Più in particolare si farà riferimento a tre modi di intendere i rapporti tra sociologia e antropologia giuridica: a un modello che, essendo basato su una crescente eterogeneità delle due discipline si dirà « dicotomico divergente »; a un modello che cogliendo, a differenza dal primo, soprattutto elementi comuni alle due

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

discipline, si dirà « dicotomico convergente »; a un modello, infine, che sottolineando la necessità che i rapporti tra sociologia e antropologia del diritto vengano mediati da una « terza » disciplina come appunto la storia del diritto, si dirà « tricotomico ».

Nessuno di questi diversi modelli, ovviamente, si rivelerà del tutto appagante, ma ciascuno di essi riuscirà a mettere in evidenza atteggiamenti e umori nei confronti della antropologia del diritto che sono, o sono stati, diffusi tra i sociologi del diritto.

2. *Il modello dicotomico divergente.*

Una chiara e plausibile linea di demarcazione tra le aree contigue della sociologia del diritto, intesa come luogo convenzionale nel quale confluiscono le ricerche che applicano metodologie e teorie sociologiche all'analisi del diritto, e l'antropologia giuridica, intesa come avamposto di quella analisi storica dalla quale la prima si è venuta gradualmente distaccando nel tentativo di realizzare una propria autonomia, può anzitutto fondarsi sul carattere, rispettivamente statuale o non statuale, delle regole che costituiscono tipicamente l'oggetto delle due discipline.

Una tale distinzione di orizzonti rinvia evidentemente ad alcuni presupposti che la giustificano. Essi sono essenzialmente:

a) che nelle società avanzate il potere politico tende ad essere accentrato creando il fenomeno della monopolizzazione del diritto da parte dello stato;

b) che il sistema sociale tende progressivamente a differenziarsi e ad articolarsi in settori specializzati e autonomi retti da logiche proprie che impongono a chi vi partecipi particolari modelli di comportamento e di selezione degli interessi;

c) che la cultura tecnico-giuridica è conseguentemente sottoposta ad un processo di autonomizzazione che la distacca in modo sempre più marcato da altri tipi di cultura non giuridica;

d) che la crisi che tale cultura giuridica attraversa per il crescente allontanamento dalla realtà sociale può essere risolta ristabilendo il contatto con la realtà attraverso lo studio delle condizioni empiriche dalle quali dipende la efficacia o l'inefficacia delle singole norme giuridiche poste dallo stato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il risultato generalissimo di questi presupposti è che sociologia del diritto e antropologia giuridica risultano facilmente collocabili su piani diversi orientandosi tipicamente all'analisi di oggetti, quali il diritto statuale e il diritto non statuale, che non solo sono diversi ma sono sempre più lontani tra loro in conseguenza dei concomitanti processi della crescente differenziazione sociale, della crescente autonomizzazione e articolazione interna del sistema politico, della crescente tecnicizzazione della cultura giuridica e della crescente integrazione della sociologia del diritto in tale cultura. È appena il caso di accennare che tali presupposti vengono suffragati, almeno indirettamente, da recenti indirizzi teorici della sociologia del diritto, che basandosi sulla teoria generale dei sistemi hanno presentato il diritto come un sottosistema del sistema politico destinato a raggiungere nelle società complesse un crescente grado di autonomia e differenziazione.

Senza giungere ad affrontare nel merito la questione della fondatezza di tali presupposti e della teoria che li giustifica, mi limito qui ad osservare che ciascuno di essi comporta una serie di conseguenze che, per ragioni espositive, possono raggrupparsi a seconda che interessino la determinazione degli *strumenti* volta a volta utilizzati o dei *problemi* fondamentali volta a volta affrontati dai singoli sociologi e antropologi del diritto. Si ha quindi una rete di connessioni alla quale ci si atterrà nel seguito per caratterizzare le due discipline, e che viene qui anticipata, a titolo orientativo, in modo estremamente schematico.

Strumenti di analisi utilizzati	Problemi affrontati
Determinazione dell'apparato concettuale	delimitazione del diritto
Determinazione dei criteri di razionalità	evoluzione del diritto
Determinazione dei fattori esplicativi	studio del diritto
Determinazione degli obiettivi critici	efficacia del diritto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per illustrare come sia possibile ricostruire i rapporti tra sociologia e antropologia giuridica alla luce di tali connessioni basterà anzitutto osservare che, in sede di determinazione del suo *apparato concettuale*, la sociologia giuridica risulta spesso influenzata da una definizione del concetto di diritto che finisce col coincidere col diritto positivo qui ora vigente, mentre una tale delimitazione non si verifica nell'ambito della antropologia giuridica, la quale ricava il proprio significato appunto dall'essere focalizzata sul diritto che, pur non avendo raggiunto un tale livello di formalizzazione, non deve essere per questo scientificamente negletto; le due discipline sembrano quindi riferirsi non solo a diversi criteri di delimitazione del diritto ma a diverse concezioni del ruolo che il potere, in particolare il potere politico, svolge nella società.

Nella determinazione dei *criteri di razionalità* di un diritto così inteso la sociologia del diritto cerca poi di accertare quei criteri che sono specifici degli ordinamenti giuridici autonomizzati e funzionalmente differenziati, mentre la antropologia giuridica assume il compito di reperire criteri di razionalità incentrati sulla esigenza che il diritto, alla pari di ogni altra componente di una certa cultura, si adatti alle esigenze dell'ambiente; pertanto le due discipline sembrano cogliere diversi aspetti dei processi evolutivi, assumendo come punti di riferimento diversi tipi di bisogni, che nel caso della sociologia del diritto sono di solito incentrati sul desiderio cruciale di « sicurezza », mentre nel caso dell'antropologia giuridica risultano distribuiti su un arco più ampio ed eterogeneo.

Nella determinazione dei *fattori di esplicazione* inoltre la sociologia del diritto assegna particolare importanza alle conquiste dogmatiche e procedurali che caratterizzano il diritto delle società complesse, mentre la antropologia giuridica si rifà tendenzialmente a fattori più diffusi aventi rilevanza interculturale; le due discipline sembrano quindi affrontare il problema dello studio del diritto facendo riferimento a diverse connotazioni del concetto di cultura giuridica, che per la sociologia del diritto risulta più ristretto e tecnico di quello adottato dalla antropologia giuridica.

Nella determinazione degli *obiettivi critici*, infine, la sociologia del diritto tende a mettere in evidenza quegli elementi che ostacolano la realizzazione di una diretta attuazione degli *output* nor-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mativi del sottosistema giuridico, mentre la antropologia giuridica cerca di assumere una prospettiva non meramente efficientistica, che considera il diritto come una istituzione fungibile, avente in una certa situazione storica diverse alternative culturali; le due discipline sembrano pertanto affrontare il problema della efficacia del diritto muovendo da diversi codici di valutazione, per cui la sociologia del diritto, a differenza della antropologia giuridica, tende a interpretare una eventuale crisi del diritto intesa come difetto di efficacia, in chiave necessariamente patologica e non fisiologica.

3. *Il modello dicotomico convergente.*

Il modello dicotomico che si è appena tratteggiato, caratterizzato come si è visto da una divergenza crescente dei suoi termini di confronto, risulta di per sé troppo lineare e schematico per riuscire plausibile, e per di più vede ormai scossi dalle fondamenta gli stessi presupposti da cui muove.

Ove si tenga conto dell'importante variabile ambientale delle relazioni tra stato e società, ci si avvede che il passaggio lento ma inarrestabile dallo stato di diritto allo stato di *welfare* ha finito col far cadere una dopo l'altra, proprio come in un gioco di domino, le presupposizioni in precedenza elencate, suggerendo per di più di sottoporre ad un radicale rinnovamento quelle applicazioni della teoria dei sistemi che si erano prestate a dar loro una plausibile veste sociologico-giuridica.

In presenza di un diffuso intervento pubblico nei più disparati campi sociali non risulta infatti più attendibile la ipotesi di una crescente autonomizzazione del potere politico che tenderebbe a racchiudere al proprio interno gli strumenti necessari ad un suo effettivo controllo; né può risultare ancora convincente la ipotesi di una crescente differenziazione e specificazione del diritto rispetto a vari settori della società profilandosi ormai in molti settori un antitetico indirizzo verso la de-differenziazione e de-specificazione dei criteri di razionalità del diritto; non risulta pertanto più accettabile la ipotesi della crescente autonomizzazione della cultura giuridica, che appare per contro irresistibilmente spinta a raffinare strumenti non solo per percepire ma anche per assecondare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

istanze provenienti dall'esterno; né infine sembra più attendibile la ipotesi che una sociologia del diritto, giunta ormai in quasi tutti i paesi industriali alla maggiore età, abbia bisogno di mutuare esclusivamente dalla esigenza di riproduzione e di stabilizzazione dell'ordinamento giuridico i propri punti di orientamento critici.

D'altro lato, elementi capaci di ridurre fortemente la rilevanza del modello precedentemente descritto si ricavano anche da un esame più ravvicinato dello sviluppo della sociologia del diritto. Indichiamo brevemente alcuni di tali elementi seguendo sempre lo schema adottato nel paragrafo precedente.

a) È anzitutto facile avvedersi che in sede di definizione concettuale, la assunzione di un punto di vista statualistico non è stata costantemente condivisa dai sociologi del diritto, ma anzi la loro disciplina può vantare origini chiaramente pluralistiche e apertamente polemiche nei confronti del « dogma » della statualità del diritto, origini che poi sono sopravvissute, sia pure in forme diverse e ibride come nell'« istituzionalismo », fino ai nostri giorni.

b) La insistenza, poi, con cui le trattazioni sociologico-giuridiche hanno solitamente sottolineata la presenza, negli ordinamenti giuridici concreti, di apparati coercitivi burocraticamente gestiti, non esclude affatto un diffuso riconoscimento dell'importanza di criteri di razionalità adattivi oltre che repressivi (si veda ad esempio la dicotomia durkheimiana « diritto repressivo/diritto restitutivo »), o la ricorrente sottolineatura della rilevanza di sanzioni di tipo non coercitivo (si veda ad esempio la letteratura sociologico-giuridica recentemente dedicata al c.d. « diritto promozionale »).

c) La attenzione preferenziale riservata alla cultura giuridica dei giuristi, considerata peraltro non come un tutto monolitico ma come profondamente variegata al suo interno (cfr., ad esempio, la celeberrima distinzione weberiana tra diritto razionale « formale » e « materiale », che si pone chiaramente all'interno di quest'ambito) non ha escluso una viva sensibilità per la cultura giuridica « esterna » degli utenti del diritto, e per la possibilità che questi hanno di influenzare la cultura giuridica « interna », o quanto meno di precostituire (come appare dalla stessa sociologia del diritto weberiana) condizioni che favoriscano un suo sviluppo in certe direzioni piuttosto che in altre.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d) Infine, la centralità assunta, soprattutto nella sociologia del diritto « empirica », dal problema della efficacia non significa che la sociologia del diritto abbia mai rinunciato ad alzare la mira del proprio impegno critico fino a coinvolgere gli stessi criteri di giustizia che il funzionamento più o meno efficace di un certo ordinamento giuridico concreto comporta (cfr. al proposito la celebre trattazione che lo stesso Ehrlich riservava nella *Grundlegung* ai corsi e ricorsi di certe interpretazioni del concetto di giustizia).

In breve, la mutata natura dei problemi da affrontare e la variegata tradizione storica della sociologia del diritto sono elementi sufficienti a giustificare la sostituzione del modello dicotomico divergente con un altro modello che, pur essendo anch'esso fondato sulla separazione e sulla reciproca autonomia di sociologia del diritto e di antropologia giuridica, tenga conto di tali elementi e renda nel contempo più facilmente comprensibili tutta una serie di tendenze mai spente e che per contro vanno attualmente consolidandosi all'interno della riflessione sociologica sul diritto.

Così:

a) a livello della determinazione dell'*apparato concettuale* è possibile notare che il concetto di diritto che guida la ricerca sociologico-giuridica delimitandone l'area di rilevanza tende ad essere ampliato in modo da comprendere anche ordinamenti normativi non direttamente creati o controllati dagli apparati statuali, o addirittura in aperto conflitto con essi;

b) a livello della determinazione dei *criteri di razionalità* si possono rilevare tentativi di superare la classica trattazione weberiana ricorrendo a « nuovi » criteri di razionalità che, come è stato recentemente suggerito da Philippe Nonet e Philip Selznik, tendono a superare la contrapposizione tra sistemi chiusi e sistemi aperti per istituzionalizzare nel diritto processi di retroazione dell'ambiente regolato sul sistema regolante (« responsive law »);

c) a livello della determinazione dei *fattori esplicativi* si può osservare che l'area degli studi sociologico-giuridici va gradualmente ma costantemente spostandosi dallo studio degli atteggiamenti e delle esigenze funzionali degli addetti ai lavori (cfr. ad esempio le numerose indagini sulla magistratura), allo studio degli atteggiamenti e delle esigenze funzionali dell'utente del diritto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(vedi ad esempio le ricerche relative al tema dell'« accesso al diritto »);

d) per quanto riguarda la determinazione degli *obiettivi critici* si è sostenuta infine la necessità di una esplicita assunzione del punto di vista della « *Lebenswelt* » che viene presentata come colonizzata dal diritto e sottoposta da questo ad una logica efficentistica ad essa estranea (J. Habermas).

4. *Il modello tricotomico.*

Nonostante gli indubbi vantaggi che comportano, le varianti apportate al modello dicotomico non risultano del tutto adeguate a tenere nel debito conto almeno un importante fattore: quello che dovrebbe spiegare perché le convergenze potenziali delle due discipline non hanno finora dato luogo ad una vera e propria collaborazione.

In effetti, nei due ambiti in questione la potenziale complementarietà dei temi e degli strumenti sembra richiedere una ulteriore condizione — come la effettiva comunicabilità delle prospettive e dei risultati tra ricerca sociologica e antropologica del diritto — senza la quale un effettivo avvicinamento tra indagine sociologica e antropologica del diritto risulterebbe solo utopico.

Alla luce della variabile della « comunicabilità interdisciplinare », che può essere indipendente dalle affinità delle tematiche e degli strumenti di indagine, non basta insomma ammettere che sia antropologi sia sociologi del diritto si trovano di fronte a problemi analoghi per concludere che entrambi siano anche in grado di affrontare tali problemi congiuntamente. Risulta probabile per contro che si verifichino situazioni nelle quali il diverso grado di maturazione e di consapevolezza raggiunto da ciascuna disciplina relativamente a certi temi costituisca una fonte di reciproche incomprensioni, o situazioni nelle quali la comunicazione interdisciplinare non può essere diretta ma solo indiretta. Un tale ultimo caso si ha allorché un certo tema rinvia, esplicitamente o implicitamente, a complessi processi di elaborazione teorica svolti nell'ambito di altre discipline caratterizzate da propri linguaggi, proprie tradizioni, propri canali di comunicazione, non egualmente accessibili ad antropologi e a sociologi del diritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una ipotesi siffatta è tutt'altro che astratta e infrequente ed è anzi ravvisabile in ciascuno dei principali punti dello schema sui quali si è in precedenza richiamata l'attenzione.

a) Per quanto riguarda la determinazione dell'*apparato concettuale* — e in particolare la determinazione del concetto di diritto — è chiaro che né sociologia del diritto né antropologia giuridica possono fare a meno di riferirsi allo *status questionis* fissato dai più autorevoli contributi della teoria politica in quanto la soluzione del problema della delimitazione del diritto dipende in definitiva, come è facile rilevare, dalla preliminare accettazione di una certa delimitazione del concetto di potere politico. In mancanza di un aggiornato riferimento al dibattito politologico è possibile infatti che il concetto di diritto esplicitamente o implicitamente adottato da certi antropologi incontri incomprensioni da parte dei sociologi e resistenze, come è ampiamente esemplificato dalle accoglienze riservate ai noti lavori sulle « società senza stato » di Pierre Clastres.

b) Allo stesso modo, per quanto riguarda la determinazione dei *criteri di razionalità* che possono fungere da punti di riferimento per la ricostruzione di tendenze evolutive del diritto, sia sociologi sia antropologi sono tenuti a fare riferimento agli apporti più avanzati della teoria sociologica. Ma anche in tal caso non è escluso che, a causa delle profonde e insanabili divergenze fra le varie scuole sociologiche, incomprensioni e contrasti possano comunque nascere a seconda che venga preferito l'uno piuttosto che l'altro indirizzo. Ad esempio, la tradizione antropologico-sociologica che collega un antropologo come Arnold Gehlen a un sociologo come Niklas Luhmann, e che tende a privilegiare in sede teorica criteri di razionalità di tipo adattivo, ha incontrato critiche e plausi, forse in egual misura eccessivi a seconda dei presupposti da cui volta a volta hanno preso le mosse i suoi vari studiosi.

c) Per quanto riguarda la determinazione dei *fattori di esplicazione* ai quali fare ricorso, è appena il caso di osservare che né sociologi né antropologi del diritto possono evitare di fare riferimento ai decisivi apporti che i teorici del diritto hanno dato alla lettura e all'analisi strutturale degli ordinamenti giuridici positivi. Ma proprio questa circostanza accresce la possibilità di incompren-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sioni in quanto i sociologi del diritto sono, per cultura e tradizione, assai più vicini degli antropologi alla teoria del diritto, e quindi le soluzioni teoriche che questi ultimi vanno faticosamente elaborando attraverso l'analisi ravvicinata di ordinamenti concreti, risultano spesso, agli occhi dei primi, o inadeguati ai livelli di elaborazione teorica da essi già raggiunti, o irrilevanti ai fini di un loro ulteriore affinamento.

d) Per quanto riguarda infine la determinazione degli *obiettivi critici* c'è da osservare che né sociologi né antropologi del diritto possono evitare, una volta imboccata questa strada, di giungere a fare riferimento a punti di orientamento valutativi la cui discussione affonda le proprie radici nella storia secolare della filosofia giuridica e sociale. Ciò costituisce però, a ben vedere, una ulteriore fonte di incomprensioni e contrasti in quanto, anche in presenza di indirizzi astrattamente compatibili, delle contrapposizioni apparentemente inconciliabili possono scaturire da una diversa determinazione del punto fino al quale, muovendo da certi presupposti epistemologici, si ritiene che si sia in grado di spingere l'atteggiamento critico senza uscire dall'area del discorso scientifico. Si può verificare così, come è stato di recente mostrato dalla nota controversia tra Habermas e Luhmann, che percorsi teorici per molti versi analoghi sfociano in risultati contrastanti ove si ritenga di dovere osservare, nell'attuazione dei propositi critici, linee metodologiche di stop, più o meno avanzate.

Gli esempi portati sembrano sufficienti a mostrare non tanto la opportunità quanto la necessità di interpretare il rapporto tra sociologia del diritto e antropologia del diritto facendo riferimento ad un *tertium*, ad una disciplina limitrofa che, a seconda dei temi volta a volta in questione, funga da tramite e da mediatore. Riassumendo le osservazioni precedenti si può quindi dire che, senza un esplicito e intercomunicabile riferimento a modelli di teoria politica, di teoria sociale, di teoria del diritto e di filosofia sociale, la sociologia del diritto e l'antropologia giuridica sono spesso destinate a parlare linguaggi diversi, che possono apparire emanazione di livelli di riflessione del tutto eterogenei nonostante le ampie zone di sovrapposizione dei rispettivi oggetti.

Sembra tuttavia che soprattutto attraverso il ricorso ad un ulteriore punto di riferimento quale quello costituito dalla storia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto sociologi e antropologi del diritto possano giungere a collocare i rispettivi contributi in un quadro che assicuri la loro reciproca comunicabilità.

La funzione del ricorso ad un tale metalivello di comunicazione può consistere infatti nel superamento degli schematismi binari che, secondo i modelli dicotomici precedentemente indicati, canalizzano in direzioni diverse i risultati conseguiti sul versante antropologico e su quello sociologico. Le alternative statuale-non statuale, adattivo-innovativo, interno-esterno, tecnicistico-genuinamente critico, una volta immerse in una prospettiva storica risultano facilmente relativizzabili.

Ad entrambe le discipline si offre così, invece che una serie di alternative bipolari, una preziosa pluralità di modi intermedi di percepire i limiti dell'oggetto della ricerca, stabilirne le esigenze strutturali, identificarne le funzioni latenti e prospettarne le alternative funzionali.

Per potersi avvalere di questa molteplicità di alternative è tuttavia necessario prima di tutto che entrambe le discipline dispongano di un apparato conoscitivo elastico, in grado di tenere conto del continuum dell'esperienza storica e di superare dualismi e antitesi in un'ottica più vasta. E in tale luce sembrano collocarsi, pur nella diversità delle singole prospettive, i contributi antropologici che seguono, ciascuno dei quali mostra di insistere in particolare sull'adeguamento di uno degli strumenti conoscitivi in precedenza indicati. Così, Leopold Pospisil sottolinea la opportunità che il *concetto* chiave di diritto non venga definito mediante un unico parametro ma secondo una pluralità di parametri in modo da prefigurare una specie di schema idealtipico che può ritrovarsi in gradi e misura diverse nella esperienza storica, e che quindi risulta più adatto di concetti monolitici a tenere conto della ricchezza di quest'ultima. In modo analogo può interpretarsi l'insistenza con cui Wilbert E. Moore e Joyce Sterling sottolineano l'opportunità di evitare, nella determinazione di *criteri di razionalità*, alternative rigide che portino a postulare ipotesi evolutive unilineari, storicamente insostenibili, come pure l'importanza che Paul Henry Stahl annette ad una integrazione di diversi *criteri di esplicazione*, sia interni che esterni alla prospettiva tecnico-giuridica o l'esigenza manifestata, sia pure in modi diversi,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da Rüdiger Schott e da Sandra Burman, di assumere un punto di vista che mantenga *in sede critica* una posizione intermedia tra relativismo assoluto e assoluto etnocentrismo.

Nel loro insieme i contributi seguenti trasmettono quindi l'immagine di un diritto che, nei diversi contesti storici nei quali viene analizzato, non può essere rappresentato in modo stilizzato né come un battello fluviale che scivola seguendo il filo della corrente né come una barca dotata di un motore tanto potente da potere avanzare regolarmente secondo una rotta prestabilita nonostante i flutti avversi. Se si vuole trarre da essi, in positivo, un comune denominatore si può dire pertanto che il diritto vi appare come un frammento limitato, ma certo rilevante, di quel grande mosaico nel quale la cultura giuridica si rapporto al proprio ambiente tenendo variamente conto dei momenti, apparentemente contraddittori, della progettualità e della spontaneità, dell'autonomia e della eteronomia, della gestione tecnica e della naturalità, che in combinazioni mutevoli e in forme non pure ma sempre miste caratterizzano le diverse situazioni storiche.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BOBBIO N., 1977, *Dalla struttura alla funzione* (Comunità, Milano).

BROEKMAN J. M., 1979, *Recht und Anthropologie* (Alber, Freiburg-München).

CANTONI R., 1976, *Il pensiero dei primitivi. Preludio a un'antropologia* (Il Saggiatore, Milano).

—, 1953, *Mito e storia* (Mondadori, Milano).

CAPPELLETTI M. (ed.), 1981, *Access to Justice and the Welfare State* (Le Monnier, Firenze et al.).

CLASTRES P., 1974, *La Société contre l'Etat. Recherches d'anthropologie politique* (Les Edition de Minuit, Paris); trad. ital. 1977, *La società contro lo stato. Ricerche di antropologia politica* (Feltrinelli, Milano).

DURKHEIM É., 1893, *De la division du travail social* (Alcan, Paris); trad. ital. di F. Airoldi Namer, 1962, *La divisione del lavoro sociale* (Comunità, Milano).

EHRLICH E., 1913, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Duncker und Humblot, Berlin); trad. ital. a cura di A. Febbrajo, 1976, *I fondamenti della sociologia del diritto* (Giuffré, Milano).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

HABERMAS J. e LUHMANN N., 1971, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie* (Suhrkamp, Frankfurt a.M.); trad. ital. 1973, *Teoria della società o tecnologia sociale* (Etas Kompass, Milano).

HABERMAS J., 1981, *Theorie des kommunikativen Handelns* (2 voll.) (Suhrkamp, Frankfurt a.M.).

HOEBEL E. A., 1967, *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics* (Harvard University Press, Cambridge Mass.); trad. ital. a cura di A. Colajanni, 1973, *Il diritto nelle società primitive* (Il Mulino, Bologna).

LANDMANN M., 1976, *Philosophische Anthropologie* (de Gruyter, Berlin-New York).

LOMBARDI SATRIANI L. M., 1980, *Antropologia culturale e analisi della cultura subalterna* (Rizzoli, Milano).

LUHMANN N., 1972, *Rechtssoziologie* (Rowohlt, Reinbek b. Hamburg); trad. ital. a cura di A. Febbrajo, 1977, *Sociologia del diritto* (Laterza, Bari).

NONET P. e SELZNICK P., 1978, *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law* (Octagon Books, New York).

POSPISIL L., 1971, *Anthropology of Law. A Comparative Theory* (Harper and Row, New York-Evanston-San Francisco-London).

REMOTTI F., 1971, *Lévi-Strauss. Struttura e storia* (Einaudi, Torino).

TEUBNER G., 1984, *Das regulatorische Trilemma*, in « Quaderni Fiorentini » (XIII).

TREVES R., 1972, *Giustizia e giudici nella società italiana* (Laterza, Bari).

TULLIO-ALTAN C., 1983, *Antropologia. Storia e problemi* (Feltrinelli, Milano).

WEBER M., 1922, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Mohr, Tübingen); trad. ital. a cura di P. Rossi, 1961, *Economia e società* (Comunità, Milano).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Problemi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LEOPOLD POSPISIL

LAW

1. *Law as the Concept of* ius.

Until the rise of 19th century unilineal evolutionism and the Marxian evolutionary dogmas concerning the political forms of human society, it has usually been assumed that law was indispensable for the functioning of any kind of society. This assumption is well expressed on the jacket of Lloyd's *The Idea of Law* (1966) in the following words: « Like it or not — and many from Plato to Marx have disliked it — law is a central concept in human society: without it, indeed, there would be no society ». Since Roman times, when law and its multitude of specialized concepts were elaborated into a tool of unusual precision and effectiveness, the legal system has been regarded as the pivotal, central aspect of any functioning Western society. It is therefore no accident that many such anthropological giants of the 19th century as Adolf Bastian, Lewis Henry Morgan, Sir Henry Sumner Maine, Johan Jakob Bachofen, and John Ferguson McLennan were trained lawyers.

Since these early days of the development of social science, anthropologists, especially in America, became disinterested in law to such an extent that in most ethnographies this central part of culture is simply omitted or given only lip service in a chapter on political structure. The decline of the study of legal matters continues even to the present, although some anthropologists are again becoming interested in law. Van Velsen sees the reason for this in the fact that modern writers on the anthropology of law « have an imperfect understanding of their own legal system with which, explicitly or implicitly, they tend to compare Afri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

can legal systems » (1969, p. 137). Thus it is necessary to identify a concept of law that can be used as a tool in cross-cultural analysis, a tool which, precisely defined, will avoid the ethnocentric bias derived from Western law and also will be juristically sophisticated.

We must first reject the position of pessimists who maintain that the idea of law is too complex to define. Such pessimism is well expressed by Radin: « Those of us who have learned humility have given over the attempts to define law » (1938, p. 1145); rather, we shall support Hoebel, who bluntly retorts: « Yet it cannot be that law is incapable of definition, for a definition is merely an expression of the acknowledged attributes of a phenomenon or concept » (1954, p. 18). The position of the pessimists appears to stem from the confusion of two different ideas: the distinction between concepts and phenomena. Some authors use the two terms interchangeably, as if there were no difference (e.g. Zake 1962, pp. 62-68, 157-58; Van den Steenhoven 1962, pp. 100-101), or assume that law is a phenomenon yet to be defined (Barkun 1968, p. 150). Law is actually nothing but a concept, a category of phenomena constructed by a scholar and used as an analytical tool. Thus it has heuristic and not intrinsic value.

Despair over the problem of defining law arises partly from the multitude of definitions, many of them cryptic or contradictory. These mental constructs from various historical periods and schools of jurisprudence comprise several broad categories which we shall briefly survey to provide a perspective for judging the category of law that will be our working tool here. One of the oldest sets of theories is based upon the preconceived idea that law is a product of evolution, an achievement of a society at some late stage of its development. Thus law is not considered to be universal, most tribal societies, especially those of hunters and gatherers, being regarded as virtually lawless. Social control in such societies is supposed to be achieved by blind adherence to custom which is known and respected automatically by everyone and requires no enforcement from above (e.g. Sidney Hartland, W. H. R. Rivers, L. T. Hobhouse). Although these theories received support and publicity from unilineal evolutionism and Marxism in the 19th century, they originated millen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nia ago and are based on the myth of the Golden Age, so well depicted in Ovid's *Metamorphoses*, which described a natural paradise where all people were just and respected each other, thus rendering law and judges unnecessary. Even modern anthropologists write of primitive anarchy and the lack of law among hunters and gatherers whose social life is regulated by « explicit social rules, which, by and large, everybody obeys » (Meggitt 1962, p. 250). Strangely enough, such generalizations are often refuted a few pages later when the author describes in particular terms important persons who can punish violators of rules which supposedly « by and large, everybody obeys » (Meggitt 1962, p. 255).

A second set of theories about the nature of law defines it by traditional criteria which are so rigorous and specific to Western civilization as to make the resulting concept of law inapplicable to many nonwestern cultures. Thus law in these theories is also nonuniversal, although it has admittedly broader coverage than the evolutionary concept. For example, F. James Davis defined law in Western traditionalist terms as « the formal means of social control that invokes the use of rules that are interpreted, and are enforceable, by the courts of a political community » (Davis et al. 1962, p. 41). Such a definition is so ethnocentric that is is inapplicable to most tribal societies as well as to such civilizations as the Chinese and even the ancient Greek and Roman, because in these societies the legalistic application of rules was either unimportant or absent, the administration of law being based upon legal principles abstracted from precedents (preceding decisions).

A third set developed as a reaction to the ethnocentric biases of the two preceding categories. Scholars of this set try to comprehend law through the frame of thought of the people whose legal structure they are studying (see esp. Zake 1962). Although they profess to follow Bohannan, they coin only folk concepts of law based upon the particularistic ideas of the studied people and neglect what Bohannan called analytical concepts, which are the constructs and scientific tools of the research worker and are hence cross-culturally applicable. With the solipsistic concepts of the folk set, virtually no comparison between cultures and their legal systems is possible; so oriented, the study of law is not scientific because it lacks the necessary generalizations.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The next definitions attempt to be cross-culturally comparative, but they unfortunately use a single criterion to define law. For example, Radcliffe-Brown uses physical sanction administered by a politically organized society for identification of the concept (1952, p. 212). Since physical sanctions are also applied outside the law, and because law also employs non-physical sanctions such as reprimands and fines, this criterion is obviously ineffective. Similarly, Barkun's conception of law as « that system of manipulable symbols that functions as a representation, as model, of social structure » is so broad that it allows a large part of the culture — even kinship terminology, actual residence patterns, sociopolitical stratification, etc. — to enter the field of law and thus makes the concept redundant and meaningless (1968, p. 92).

The last and most effective category of definitions identifies law by a set of several attributes, recognizing the inadequacy of one sweeping criterion. The use of multiple legal criteria dates back to at least the 13th century when the Commentators defined Roman customary law by two criteria: long use and a general opinion of the indispensability of law. Llewellyn and Hoebel also held four « elements » essential to the existence of law: « enforceability of an imperative », « supremacy » (which allows law to prevail in conflict over other considerations), « system » (which makes a law an organized body of propositions), and « officialdom » (which provides necessary publicity) (1961, pp. 283-84). Since consideration of several attributes seems to be the most objective and the least arbitrary and ethnocentric procedure, we shall also adopt it and use it as a comparative tool.

Finally, before identifying the attributes and the forms legal phenomena take, we must address ourselves to the widespread confusion about the nature of law, which has its origin in language and semantics. The very term « law » is a polysemy, which stands for several concepts. First, we encounter the *laws of science* such as the law of gravitation. It is obvious that laws of science will not be investigated in this article but will be formulated only as a result of investigating jural laws, which govern and influence the behavior of members of a society. While laws of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

science are objective and universally valid, laws of a society are particular products of its members and are thus subjective and not applicable to all mankind. We may say that the anthropology of law studies jural law in order to arrive at social scientific laws. Thus our objective obviously is to identify and clarify the nature of jural law.

The *laws of morality* are statements of an ideal that is strived for and admired, but whose nonattainment is not punished legally. In other words, laws of morality are a standard for behavior that is higher than that of law. There is strong evidence, which emerges from empirical fieldwork, that moral standards are differentiated from legal standards for behavior in most if not in all human societies (see, for example, Pospisil 1958a, pp. 287-8; Gluckman 1967, pp. 125-26). Thus the myth of « mononorms », as proposed by some theoreticians, especially the Marxists (and interestingly also by Adolf Hitler for his Reich), which denies to tribal societies the distinction between moral and legal, or in other words between ideal (preferred) and mandatory standards for behavior (requiring minimum standard of permitted behavior), appears to be just one of the preconceived ideas that tries to drive a wedge of qualitative distinction between tribal and civilized societies. As such it seems to be based upon ethnocentric bias (Pershits 1977).

Finally we come to *jural law*, the law whose constituent principles are formally or informally enforced in a given society so as to regulate human behavior. Unfortunately, even here we face a problem. The single English term « law » combines two radically different ideas which in other Indo-European languages are expressed by two terms. In these languages a distinction is made between the conception of the Latin *ius* (*Recht* in German, *právo* in Czech and Russian, *droit* in French, *derecho* in Spanish, etc.) and *lex* (*Gesetz* in German, *zákon* in Czech and Russian, *loi* in French, *lei* in Spanish). *Ius* means law in terms of principles for human behavior, which are enforced (or informally induced) through the process of decision-making and are present (implied or explicit) in precedents (preceding decisions) or rules (statutes); *lex* means an abstract rule, usually made explicit in a legal code

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(a statute). Consequently, legislation (from Latin *legis latio* — to put down statutes) creates *leges* which, if enforced, incorporate principles that are termed *ius*. Thus *ius* is more fundamental than *lex* which is only one of the forms that *ius* may take. Indeed, *lex* as a label for form is not limited to jural law at all but is also used for scientific and moral « laws » because these bear the abstract forms of rules. Only *ius* specifically confined to principles of mandatory and obligatory behavior and thus *ius* and not *lex* constitutes our concept of jural law.

The misunderstanding of the meanings of these terms has led some theoreticians into error, especially those working with translations of foreign texts, as seems to have been the case with Stanley Moore in his argument about the radical difference between Marx and Engels, on one hand, and Lenin's versions of Marxism on the other, as far as the evolution of law was concerned. He concluded that while Marx and Engels argued for the existence of law in a tribal society, Lenin denied law in this evolutionary stage and asserted that a requisite for law was the pre-existence of a class society — the state. Translated into English, the sources certainly substiantiate this contrast. However, the original texts reveal the difference between Marx/Engels and Lenin to be due to the misinterpretation of the German and Russian terminology. Marx and Engels are mainly concerned with *Recht* (our Latin *ius* - the jural law) in the tribal societies (see esp. Moore 1960, pp. 645-46; Marx and Engels 1959, p. 477; also Engels 1962, pp. 166-68). Lenin was discussing *zákon* (*lex*) when he argued that it exists exclusively in the state, where it is used to oppress the lower classes (esp. Moore 1960, p. 653; Lenin 1962, pp. 49, 91-95).

Similarly, in his critique of legal realism Cochrane makes the same mistake of not distinguishing between *ius* and *lex* (1972). *Ius* will be the subject of discussion below, and *ius* (and its concept) we shall translate simply as « law ». As a distinction we will call *lex* « abstract rule » or « statute ». Thus judge (*iudex*), jurisprudence, and jurisdiction are concepts concerned with law, while legislation creates not law but statutes, which may (and mostly do) but need not contain the principles of law.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. *Form of Law - a Problem of Methodology.*

Unlike the early anthropologists, the more recent ones have not had legal training. As a result they have usually been unduly impressed by the more spectacular criminal law and the violence that is either designated by it as crime or used as its sanction. Civil law, which usually constitutes the bulk of any legal system but does not deal with violence and uses nonviolent sanctions as its corrective measures, has generally been ignored. For example, it is clear that most of the legal provisions in a society depending on hunting, such as that of the Eskimo, will deal with regulation of the hunt and distribution of the game. Yet one would look in vain for an account of such regulations in an ethnography, whereas a whole chapter might expand on relatively rare cases of murder or wife abduction. The preoccupation with violence has sometimes become so intense that writers have disregarded such nonviolent legal sanctions as fines, payment of damages, etc. (economic), or excommunication, etc. (sociopsychological) and have tended to regard almost any type of violence as having to do with law. Accordingly, feud has often been promoted to a sort of precursor to law or an incipient law in some tribal societies (Spencer 1959, p. 161; Malinowski 1964, p. 261) but represents an antithesis of law. Indeed, if present it *always* coexists with law in a society: law being employed within the society's politically organized segments, while feud occuring as a means of settling or escalating grievances between autonomous sub-groups of the society. Whereas feud is fought between two groups that ignore or even defy the jurisdiction of the overall political authority, thus being clearly an inter-subgroup phenomenon, law always pertains to a specific group and is a mechanism of *intragroup* settlement of disputes. Thus we have to look for law in interactions of people that occur within a functioning societal group — a given legal system is always a property of a particular group and does not float freely in the society at large.

When we look at the definition of the word « law » in Webster dictionary we find a statement which gives its meaning in popular English. We can use the following statement to provide a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tentative boundary for phenomena that we will consider law: « rules or modes of conduct made obligatory by some sanction which is imposed or enforced for their violation by a controlling authority » (Neilson et al. 1940, p. 1401). This definition makes it clear that legal phenomena have to be obligatory and enforced — in other words they have to exercise social control. Phenomena that do not effect social control and do not influence human behavior must then be regarded as nonlegal.

Llewellyn and Hoebel point out that there have been three main approaches to the study of law (1961, p. 20): a social scientist may study (a) explicit abstract rules that form the content of legal codifications (written or remembered), (b) or the actual behavior of people, (c) or principles abstracted from decisions of legal authorities by which actual disputes are being solved. Although scholars have usually chosen one of these, it goes without saying that, for meaningful anthropological analysis, intensive research in all three categories is necessary. Thus identifying law with one of the possibilities, which is a logical necessity, does not preclude investigation of the others, as Cochrane wants us to believe (1972).

Abstract rules as form of law. Traditionally in the West the form of law has been conceived as a system of abstract rules, either remembered by the old and knowledgeable individuals in a society or codified in written form. This emphasis goes back in history to the Mesopotamian conceptualization of Natural Law in the third millennium and to other codifications, like that of Hammurabi (ca. 2000 B.C.). In these early codes, law was regarded as abstract, universally applicable commands of God to all mankind (Needham 1956, p. 533). Since it was believed that God issued commands to man (Natural Law) as well as to nature (laws of Nature), the laws of Nature and Natural Law, having the same origin, were regarded as of the same kind. From the Mesopotamian cradle this legal philosophy spread to Greece where it affected the writings of Heraclitus and those of the Stoic philosophers (esp. Zeno, Cleanthes, and Diogenes). Through Greek settlements in southern Italy, and later as a province of Rome, Greece influenced the legal history of Rome (see esp. Cicero 1928, p. 461).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In Rome, however, the emphasis on rules (*leges*) came into conflict with the Latin tradition that regarded principles in legal precedents (preceding decisions) as law. Knowledgeable Roman jurisconsults, familiar with the principles contained in the wealth of legal decisions, were invariably consulted by litigants. Their opinions were incorporated into *responsa prudentium* — expert advice to the parties to a dispute (Sommer 1933, p. 15; Maine 1963, p. 33). Since some Roman judges and certainly the magistrate himself — the *praetor urbanus* — were political appointees and not legal professionals, they had to rely heavily on the writings of Roman jurisconsults. Thus the law they enforced originated mostly in the opinions of learned experts concerning individual cases and had become casuistic in nature.

With the lapse of time, the legal thinking of Ancient Rome was more and more influenced by the Stoic philosophy. Toward the end of the Republic the responses of the jurisconsults became more systematized and reflected the praetor's edict, an annual proclamation of policy couched in abstract terms. Thus the responses became less and less case-oriented and relied increasingly upon abstract legal principles. To facilitate their annual task, the praetors began to incorporate into their proclamations the policy statements of their predecessors until the edicts became a mechanical routine, resulting in the *edictum perpetuum* — a perpetural edict composed of abstract principles (see esp. Maine 1963, pp. 39-61). This trend from case law toward abstract rules received a boost from the emperor's abstract statutes (*constitutiones*) which appeared after the emergence of the Roman Empire. The progressive emphasis on abstract rules culminated in the codification of Roman law in the *Corpus Iuris Civilis* during the reign of Justinian (ca. A.D. 533). In this way Europe acquired its conception of law as a body of abstract rules. Because of this elaboration, superb logic, and systematic treatment, Roman law, as laid down in its abstract form of rules in the Justinian Code, was regarded in medieval Europe as revealed truth, superior to the various local legal systems. Throughout the centuries it was intensively studied in the universities and by various legalistic schools (Glossators, Commentators, Humanists, Pandectists). At the close of the 18th century and the beginning of the 19th, prin-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciples of Roman law were incorporated, sometimes to a surprising extent, into European codes, of which the Code Napoleon and the Austrian Code of 1811 are perhaps the best known.

The prestige and respect which the abstract rules of the Justinian Code enjoyed in medieval and modern Europe slowly transformed the original moderate emphasis upon *leges* (the abstract rules) into an extreme, dogmatic, and doctrinaire type of legalism. *Legalism* as a doctrine regards abstract rules as the revelation of the legislator's will — as the exclusive source of law, which should provide correct answers to all particular disputes. Legalism has several diagnostic tenets. It views parties to a dispute as playing a single role, specified in the « pertinent » rule. As a consequence, the status of litigants as persons is disregarded, and only that evidence which directly bears upon and illuminates the particular relationship specified in the rule is admitted in the court arguments as relevant; all other considerations are excluded. It denies the judge any creative function; he is expected only to abstract from a concrete case of conflict the « legally relevant » factors, match those with a situation described in one of the rules (statutes, articles) of the code and in his decision mechanically apply the rule's provions. Legalism assumes that the code contains ready-made solutions to any problems that may arise in a society. Finally, moral and social but extralegal considerations are ruled irrelevant and should not influence the decision of the judge. The extreme of this idea is summed up in a legalistic Latin motto: *Fiat iusticia, pereat mundus* — « Let us have legalistic justice even if the world perishes ».

It is obvious that the legalistic doctrine is inadequate and inflexible. Since culture and society do change, the idea that law contains solutions to all social problems is a myth. Since situations do exist that by no means can be equated with those treated in the code, and because the legalists would not admit the failure of their doctrine, they had to invent two analogies. One, called *analogia legis* (analogy of rule), constitutes a fiction by which a case whose facts do not match any of those described in the code is subsumed under the rule that comes closest to it. The two situations are supposedly « identical » and the case is « solved » by applying the « analogous » rule to the case. If by

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no stretch of the imagination can a rule be found that comes close to a specific case, *analogia iuris* (analogy of law) is applied. A principle said to permeate the whole legal system is supposedly abstracted from the code to decide the case (see esp. Sommer 1933, p. 20).

Legalism as a « folk conceptualization » of law by Europeans is necessarily ethnocentric. It affected not only the early students of Roman law but also such classical scholars of jurisprudence and social sciences as John Austin, Ernst Roguin, Hans Kelsen, Josef Köhler, Émile Durkheim, and James F. Davis, to name just a few. Law conceived of as abstract rules has often been dogmatically accepted and, by more recent scholars of this persuasion, applied cross-culturally with a claim that the doctrine is of universal validity. To conceive of law as a body of abstract rules — in other words to equate *ius* with *lex* — is cross-culturally invalid for the following reasons:

1. There are tribal societies, whose members are reported to know nothing about explicit abstract rules, who solve their conflicts by simply applying to trouble cases the principles implicit in the practice of their courts or in their informal conflict resolutions. In these societies the people either cite a precedent (e.g. the Barama River Carib, Gillin 1934, p. 33; or the Comanche Indians, Hoebel 1940, p. 6) or they simply (but erroneously) claim that each sitting of the court and its decisions are unprecedented and constitute a fresh start (e.g. the Soga of Africa, Fallers 1969, p. 312). Indeed, one finds little of legalistic doctrine outside of Western civilization, with the exceptions of China under the brief rule of the Ch'in dynasty (221-206 B.C.), modern China which has been influenced by its older and the more recent Western legalism (which supported the earlier capitalist and the present communist doctrines), and the Aztec (Offner, 1983).

2. Even in the societies with codified law or a remembered set of abstract rules, the rules have played a different role from that expected by Western legalists. In many of these societies rules have been regarded as advice, a help to judges, not as inflexible orders to be implemented by the court. Thus judges or other informal legal authorities could legitimately disregard (and

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

were actually officially expected to) particular rules and adjudicate on the basis of precedent and the particular circumstances of the case on hand. Outstanding examples of these are the civilized society of Confucian China and the tribal Kapauku Papuans of New Guinea. For most of the course of Chinese history, which was dominated by Confucian philosophy, the positive law of abstract statutes *fa* did not play a dominant role. It was subordinated to *Li* and *I-Li* being ethical principles contained in social customs, and *I* their spiritual justification. The local magistrate's opinion and his knowledge of *Li* was often regarded as more appropriate and adequate than that of the central government or of the code. This allowed Chinese legal authorities to disregard statutes (rules) and apply decisions according to the merits of the case and their own interpretation of pertinent *I-Li* principles. In Van der Valk's words: « Written law was not necessarily always implied. It was only a model to be followed under certain circumstances and had no binding force as such » (1939, p. 11; see also Escarra 1936, p. 74). Thus study of Chinese codices alone can tell us little of the judicial practice and social control of the actually enforced Chinese law. Even the old Roman codification *Lex Duodecim Tabularum* itself was partially a case law, referring to particular precedents rather than to abstract principles. Furthermore, the Roman magistrates possessed the explicit power of formulating their own law and could disregard or even contradict the code (Sommer 1933, esp. pp. 15, 51). Consequently, a legalistic insistence that law (*ius*) was only a rule (*lex*) would have deprived both Ancient China and Ancient Rome of the benefits of law. Undoubtedly, past and present legalists have never even contemplated the absurdity of such conclusions.

3. Even if we turn to societies with legalistic philosophies and codified law we find that the codices include « dead » rules. These are abstract statutes, either outdated or new, whose provisions are tacitly disregarded in the courts — the judges deciding cases as if these rules did not exist, their decisions contradicting them in content. We find dead rules not only in Europe and the United States, where they are notorious, but also in the legal systems of such societies as the quechua Indians of Peru (Rycroff

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1946, p. 79) and westernized China (Levy 1949, p. 332). Indeed, one encounters dead rules even in tribal societies whose leadership relies on « mental codifications » — rules that are memorized by the tribal sages. I have found among the Kapauku Papuans several rules that were not applied, although they were still cited by the people as an idea, an ideal which the leadership found impractical. Most conspicuous among them was a prohibition, under the penalty of death, to marry one's sibmate. Nonetheless, in a lineage of the Ijaaj sib this rule is simply disregarded and intrasib marriages were even advocated and their desirability emphasized by the local headman (for details see Pospisil 1969). Dead rules, ignored by the legal authorities, should not be confused with « latent » rules (as Cochrane does, 1972, p. 51). The latter are norms which could not be applied because no pertinent case had yet arisen. One must wait for the action of the courts and, until such a case is adjudicated, it cannot be decided whether the latent rule (*lex*) becomes law (*ius*) or remains an unenforced and disgregarded dead rule. To be law a precept has to exercise social control.

4. The rules (*leges*) in legalistic societies are not enforced in the form in which they appear in the codes. For example, of 176 trouble cases recorded during my research among the Kapauku, fewer than 50 percent correspond to the people's explicit and remembered rules (Pospisil 1958a, pp. 250-51). Both tribal headmen and civilization's judges interpret the « letter of the law » (meaning letter of the *lex* = rule) differently, thus preventing predictability based solely on investigation of rules.

5. Social conditions change constantly, rendering rigid rules in the codes obsolete.

6. Although it is maintained that ignorance of the statutes is no legal excuse, it is a fact that most people do not know the statutes — they have never had a legal code in their hands. What they read in the newspapers or hear in tribal gossip are the outcomes of trouble cases, the sentences passed over criminals, or decisions that settled private disputes.

7. Legalistic legislators, realizing the rigidity of rules, provide latitude to make them adjustable to specific cases and chan-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ging times. Accordingly, such deliberately vague concepts and phrases as « with due care », « in due time », and « criminal negligence », are incorporated into the statutes, and thus the judges are required to create their own law.

8. There is a linguistic problem with codes of rules. The language of the code remains the same for decades or centuries (e.g. Austrian Code of 1811 is still in effect in modern Austria), but the meaning of the words and phrases changes with time, thus allowing the actual enforced law of the courts to change while the petrified language of the rules remains the same. What was meant, for example, by the words « cruelty against children » in the 19th century certainly is different from what the same phrase means now. Thus to read the code one would know little about what kind of behavior was legal at a given time.

From the above it is obvious that study of the rules as if they were law would give us a distorted and incomplete picture of the behavior enforced in a society.

Principles abstracted from actual behavior. These principles have been regarded by some scholars as another possible form of law. The proponent of this theory was Eugen Ehrlich, an Austrian judge in the province of Galicia (now part of the Soviet Union), who observed that the Austrian Code then enforced in the province was diametrically opposed to the principles that actually governed the behavior of the local popolation. To distinguish the two, he called the Austrian statutes « legal propositions » and the principles of the actual behavior of the subjects « living law » (Ehrlich 1936, p. 497). To know the living law one should study the behavioral principles « quite independently of the question whether they have already found expression in a judicial fashion or in a statute or whether they will ever find it » (1936, p. 502). Thus Ehrlich's living law derives neither from legal codes nor from officially recognized philosophies that are the property of the illustrious few.

Another like-minded scholar was Malinowski, originally also a native-born Austrian. He found the law of tribal peoples « an aspect of their tribal life », a « body of binding obligations, regarded as right by one party and acknowledged as a duty by the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

other », rather than decrees and rulings belonging to « selfcontained social arrengements » or to « independent institutions » (1959, pp. 58-59). These obligations are supposedly respected because the people comply with a principle of reciprocity because in the future it may be they who will profit from « the law » (1961, pp. XXXV-XXXVI). However, in my study of the Eskimo, Kapauku Papuans, Hopi, and Tirolean peasents I found that none of them complied with their law because of such conscious, pragmatic, and highly rational considerations. Some behavior is a result of rational reciprocity, but certainly not all.

Because the basic presumption for law is that it exercises social control, behavioralistic hypothesis about the form of law has been criticized on the following grounds. 1. The actual behavior of people varies; to claim that law is the average of a variety of behaviors is to confuse the concept of jural law (*ius*) with scientific law (in our case sociological law). 2. People are not equal in their influence and status; the behavior of a headman carries more weight than that of a young man or an old woman. Whose behavior is then the law of the group? 3. Actual behavior is not the ideal, which is so vital for the existence of law. If law is nothing but actual behavior then the concept is utterly superfluous. 5. Law often differs from actual behavior especially if a powerful authority imposes law upon people against their will (e.g. Nazi law in Czechoslovakia, communist law in eastern Europe, fascist law in Mussolini's Italy, etc.). If not closely supervised, such authoritarian law is disregarded. 6. Insistence that jural law constitutes the behavior of the people — or the behavior of the majority — would in some cases be grotesque. For esample, many Kapauku steal if a safe opportunity is presented. Yet to call this behavior a « law » in the jural sense is misleading and, more importantly, disregards contrary evidence from prosecutions of thefts, adjudications, punishments, and an explicitly stated ideal that theft is bad and is prohibited (*oma peu, oma daa*).

Principles abstracted from legal decisions. These constitute the third form law may assume. Some scholars view law as principles contained in the decisions that solve (adjudicate) the various disputes. This break with traditional European legalism must be credited to American « legal realism » and its most important pro-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ponents Oliver Wendell Holmes (1897, p. 461) and Karl Llewellyn (1930, 1940, p. 1355). These Americans conceived law as part of the ongoing cultural order and not as a system of autonomous, petrified, abstract rules deposited in aged legal codes. Casuistic emphasis found its way into the field of social science when Llewellyn, a law professor, and E. Adamson Hoebel, an anthropologist, joined forces to produce the now classical work *The Cheyenne Way* (first published in 1941). The value of the case study of law could not have been better demonstrated than by their work. The authors, relying on analysis of thirty-three trouble cases from a society of North American Indians, relatively poor in abstract rules, were able to abstract from the decisions of the Cheyenne authorities such a wealth of logically consistent legal principles that the product can justifiably be compared with Roman law, with all its brilliance and consistency.

Many anthropologists of law have recognized that the case approach yields excellent data concerning social control. Accordingly, studies based on investigations of cases have been produced by Barton (*Ifugao Law*, 1919), Lips (*Naskapi Law*, 1947), Holleman (*Shona Customary Law*, 1952), Berndt (1962, law of the Kamano, Usurufa, Jate, and Fore Papuans of New Guinea), and Howell (*A Manual of Nuer Law*, 1954). Intensive studies of law cases have been made especially by such scholars as Smith and Roberts, Nader and Metzger, Gulliver and Gluckman. In their work *Zuni Law* (1954), Smith and Roberts utilized a casuistic analysis of ninety-seven legal cases adjudicated by the Zuni Bow Priest Society and the Tribal and Great Councils. All cases are organized under topical headings, and legal values are abstracted from the implicit legal principles. These values are then related to the broader culture of the Zuni. Similarly, Nader and Metzger (1963) and Nader (1964) use the casuistic approach for an effective inquiry into the relationship of law and some aspects of sociopolitical structure of the Zapotecan society. Their study shows an interesting relationship between patterns of adjudication and authority, and between types of conflict on one hand and types of solutions and identity (characteristics) of litigants on the other. In this way the study's importance reaches beyond the field of law and contributes to better understanding of social organiza-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tion in general. Gluckman's work employs also a wealth of well-described legal cases (1967). However, unlike the other scholars, law to him must not only be contained in legal decisions but must also be reflected in abstract rules. In this dualistic approach Gluckman selects the abstract rules that ought to be applied in decisions as the basic form of law. Because of this, his work compromises between legalism and casuistry. My own use of the case study approach allowed me not only to outline the content of a Kapauku substantive law (e.g. criminal law, inheritance, property, contract), but by focusing upon the identity of the legal authority, and thus pinpointing the locus of adjudication of 176 legal cases, it led me also to the recognition of legal levels and the existence of multiple legal systems within a society (see discussion below). I have broadened the pure study of legal cases by an analysis of Kapauku abstract rules and presented a comparison of two sets of principles: those incorporated in the decisions with those explicitly proclaimed in the abstract rules, thus attempting to establish an empirical basis for a better understanding of the relationship between the two sets of social phenomena (Pospisil 1956, 1958a, 1958c, 1964, 1971). All these studies show that Cochrane's complaint, that concentration on legal cases tends to the neglect of rules and other social considerations, is unfounded (1972, esp. pp. 51-52, 55).

While not neglecting other approaches to the study of human conflict and behavior, we shall adopt principles abstracted from legal decisions as the form of law, for the reasons that follow. 1. It is unquestionably true that « trouble-cases, sought out and examined with care, are thus the safest main road into the discovery of law. Their data are most certain. Their yield is richest. They are the most rewarding » (Llewellyn and Hoebel 1961, p. 29). 2. By accepting principles abstracted from decision as the form of law, we make the concept of law exact, cross-culturally comparative, and universal. There will be no such chimera as a « lawless society ». 3. All principles contained in decisions exercise social control and therefore qualify as law because they possess the major prerequisites for law as it is generally accepted (in jurisprudence as well as in Webster). There is no room for « dead rules or dead law » in this procedure. 4. Concrete decisions do

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

not allow for vagueness, ambiguity, and different interpretation as abstract rules do. 5. Unlike rigid *leges* (rules), the principles contained in decisions allow for legal change; indeed they not only reflect it but often initiate it (see esp. the example of the school desegregation decisions of the United States Supreme Court: *Brown v. Board of Education of Topeka*). 6. Through the idea of a « precedent » the decision is not only an actual behavior of the legal authorities (judges, headmen, chiefs), but it carries also the essential feature of law — the ideal. A decision solves a specific case but it also becomes a compelling model to be followed in subsequent decisions dealing with a similar problem. Whereas rules lack the behavioral aspect and are detached from social reality, actual behavior lacks the ideal aspect and therefore is not so compelling. In contrast, principles abstracted from decisions are both real and ideal and are thus simultaneously compelling and flexible.

Traditionalists in our society object to the casuistic approach. 1. Some of them hold that conceiving of law as principles abstracted from decisions violates English usage. A cursory look into Webster proves this false. 2. Some claim that casuistically conceived law is wrong because its acceptance would preclude the recognition that the Congress « passes laws ». As we have pointed out, legislation, and therefore also Congress, does not create *ius* — law in the juristic sense, but *leges* — abstract rules. 3. Some people, for example Cochrane, may claim that to conceive of law as only principles governing decisions of the authority deprives law of its « processual » character. They suggest that decisions to seek help through legal channels, as well as the decisions of administrative personnel to enforce an authority's decision (punishment, fine, damages, etc.), should be equally considered as the basis for law. Unfortunately this position neglects some vital distinctions. Whereas the individual's resolution to go to court is a private decision, and the jailers' compliance with the court's ruling is in obedience to a directive, only the judge's decision contains law! Finally some traditionalists insist that a legal decision be rendered in a very formal way, preferably accompanied by some ritual performed by a formally instituted authority, who

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pronounces a verdict in a final indisputable form that is imposed upon the parties rather than debated by them, modified with the agreement of the authority, and finally « accepted ». In the traditionalists' eyes a legal authority must be a ruling judge and not a conciliatory arbiter (see Durrenberger 1976). The fact that our judges engage in quite a bit of conciliating and negotiating activity is usually forgotten in the abstract argument.

Decisions rendered by headmen or elders in tribal societies may be so informal and unceremonious that the Western-biased anthropologist would either overlook them entirely or consider them nonlegal. The Kapauku data show how informal adjudication in tribal societis may be (Pospisil, 1958a). Nevertheless, even there the authority gathers the necessary evidence, passes his decision in an informal way and imposes sanction upon the guilty party. Kapauku headmen, and undoubtedly those of other tribes, may deliberately set a fine or other penalty too high in anticipation that argument will reduce it to an amount he would consider reasonable (this statement is based on admissions by Kapauku and Eskimo leaders). Failure to understand this tactic leads the Western observer, including anthropologist, to the conclusion that there is no adjudication, no influence of leadership, and indeed that the procedure could be regarded as negotiation (see esp. Durrenberger, 1976). As many social psychologists and sociologists have correctly observed, true negotiation can proceed only when the power and prestige of the parties are matched, and not when on one side of the argument is a local headman with a plaintiffì and on the other a « defendant » — a commoner, although he may be supported by some of his relatives. Therefore it is vital to know the methodology of the anthropologist in the field, his knowledge of the language, and his personal biases in order to assess his interpretation.

Indeed, some authoritative decisions may reach a degree of informality which only a skilled observer can properly interpret. During his investigation among the Jimi River Papuans of the Highlands of New Guinea, Edwin Cook observed a « legal decision » consisting of only a mute gesture which in its informality was probably the most extreme ever recorded (Cook 1967).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *Attributes of Law.*

So far we have decided where to look for law (*ius*) — we have identified its forms as decisions that carry influence and affect the behavior of members of a group. In narrowing the focus of our scrutiny upon the nature of these influential decisions and the principles they embody, we must identify the basic characteristics that warrant our calling these decisions legal. Legal decisions, and for that matter the law contained in them, possess four major attributes whose coexistence defines social phenomena as law. The four attributes in their logical sequence are authority, intention of universal application, *obligatio* (not to confused with obligation), and sanction. Let us identify these attributes, document them, and identify the heuristic value they offer as legal criteria to an ethnologist studying the subject of law and to an anthropologist in the field.

Authority. Any decision that can be called legal has to be accepted by the parties to a dispute, or its provisions have to be enforced if they protest or resist. It is obvious that such a decision cannot be handed down by everyone in a society. It requires an individual who possesses enough power (in the sense of a potential to influence someone's behavior) to enforce the provisions of the decision — by subtle or explicit persuasion or by psychological or physical compulsion. A person or group of persons possessing such power is called the *legal authority.* In civilized societies, such as our own, such authority is often vested in a judge. In most tribal and nonwestern civilized societies a legal authority combines in his person such additional and nonlegal functions as political (administrative), economic, or religious leadership. Chief, magistrate, priest, council of elders, headmen, *pater familias* of an extended family, or a father are some forms the legal authority may assume. In consequence, the identity of the legal authority in these societies coincides mostrly with his political leadership.

Every society or its subgroup has to have leadership and authority if it is going to be a functioning group in the sociological sense. A supposed absence of leadership or authority is fictive, imagined rather than real, mostly based on a too narrow

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and athnocentrically biased traditional definition of authority which identified it with a formal leadership wielding great power, and ruling over the parties to the dispute. The informal influence and persuasion of a tribal leader have often been misinterpreted as negotiation. In some cases, unfortunately, such misconceptions stem from poor research, the ethnologist's ignorance of the native language, lack of participation in the life of the natives, and an exposure to only « acculturated » and culturally dissupted social communities. In many cases, ignorance of the methods of sociology and social psychology in investigating the leadership of « small groups » has been a contributing factor. Sometimes absence of authority and law has been claimed because the ethnographer looked for law and authority only at the top stratum of the society as a whole and disregarded its subdivisions. A society that is segmented, like that of the Nuer or Kapauku, and has no overall political organization cannot have law that would pertain to the tribe (usually meaning the language group) as a whole. But that does not mean that the tribal society is « lawless ». Since it is only the segments of such a society, such as lineages, or lineage confederacies, that are politically organized, one has to go to these subdivisions to look for authority and law.

The conclusions that law is absent, or that it has an ephemeral and nonlegal nature in a tribe (a linguistic group) such as the Nuer, Dinka, or Kapauku (see esp. Barkun 1968, Verndt 1962, Howell 1954), is as absurd as a statement that the German speaking « people » lack law because none can be found at their « tribal-linguistic society » level. As is well known, German speaking people live in the independent and sovereign states of West Germany, East Germany, Austria, Switzeland, Lichtenstein, Italy, and Luxembourg. Although there is no legal system that pertains to all these German speaking populations, certainly no social scientist or lawyer could deny that law exists among them, on the level of the individual nationalistic states. It is equally ludicrous to deny the existence of law among the politically segmented Kapauku, Nuer, or Dani Papuans where law exists on the level of their lineages and political confederacies.

In conclusion we can say that solid ethnological, sociological, sociopsychological, and primatological research points out the uni-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

versality of leadership among human groups. Since leadership means decision-making, which influences people to become followers of the leader, our form of law (decision) as well as the first criterion of law — the authority — is universal to human societies.

In accordance with social-psychological definitions of leadership and authority, one may regard as a legal authority a specific individual or group of individuals whose decisions, no matter how informal (e.g. even suggestion, pleas, or bargaining), are followed by the majority of the group's members. Identification of an authority has to be determined empirically by his/her actual effect upon his/her followers. Consequently, authority cannot be determined only by the « sociometry of leadership » — solicited opinions of the group's members — but also by a careful study of individual instances of leadership and activity — the outcomes of specific conflicts and the roles played by the individual members of a group. Asking peoples' opinions gives us only their ideas (ideational culture) and not the reality (behavioral culture). There is no shortcut, and no substitute for the empirical observation of actual behavior and for the conclusive case-by-case approach.

We will classify legal authority in the same way that we categorize types of political leadership. Consequently, we will have two sets of legal authority: one categorized by the extent of formality (formal versus informal) and the other by the extent of power (limited versus absolute). Formal leaders and authorities in tribal societies are called chiefs, and informal are called headmen. Chiefs as well as headmen may wield different degrees of power. Both may be limited or absolute in their influence upon their followers.

Intention of universal application. A decision passed by an authority is not legal per se. A political magistrate or even a judge may pass not only legal judgments but also nonbinding moral opinions, ideas of preference, or purely political decisions. Consequently it is imperative that those decisions called legal be distinguished especially from political ones because both of these are usually enforced. In both library research and fieldwork I have isolated an attribute of law that makes it distinct from purely

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

political phenomena, and which I call the « intention of universal application ». It requires that the legal authority making a legal decision *intends* it to be applied to all similar or « identical » cases. What is required here is that the authority express the intention to use in the future the principle contained in his decision — not necessarily that the principle already be part of a « going order », expressed as a rule, established custom, or a series of precedents. Although in a great majority of cases precedents are usually utilized, a decision may be unprecedented because a new principle is introduced that then becomes part of the law (*ius*). Popularly, it may be said that the judge « legislates ». The attribute of intention of universal application recognizes the fact that a first decision is as legal as subsequent ones. Introduction of new legal principles through the decision-making process is by no means a monopoly of civilized societies. Cases of legal innovations are reported for tribes in the ethnographic literature (e.g. Llewellyn and Hoebel 1961, p. 128; Pospisil 1969; and Schapera 1970).

The attribute of law may assume several different forms. The authority, while announcing his decision, may explicitly declare that his verdict is based upon a principle which he intends to apply in the future to other disputes (Llewellyn and Hoebel 1961, p. 128). Or his decision may refer to a precedent (trouble case of the same kind), an established custom, or to a rule (*lex*; a widespread practice in civilizations as well as in some tribal societies like the Barotse, Eskimo, Kapauku, etc.). Reference to a precedent or publicly known rule or custom shows that in such a case we are dealing with a « going order », with an established principle which is being reapplied to the case on hand. Unfortunately, in many other cases the intention is not explicitly made; it is tacitly assumed that the principle is so well known that any reference to it is unnecessary or redundant (see Fallers 1969, pp. 19-22). The intention may even be expressed in the form the decision assumes, or in the grammatical structure of its wording. For example, the Kapauku express their intention of universal application by their obligatory-repetitive tense aspect, used while referring to the nature of the delict and the sanction imposed. *Kou dani te tija, kou dani daa* (« one does not act like that, that way is forbidden ») is the usual phrase which one hears in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the headman's legal argument. The verbal suffix *-ja* in the word *tija* (*tai* = to act or to do) expresses the ideal obligation « ought » as well as the repetitive aspect best translated as « used to ». Although ethnographers have not conceptualized this attribute, their references to it are manifest in such statements as « the headman's decision reflected a well-established custom »; or his verdict « followed a rule », « preserved an old traition », or « complied with a customary law ». All these expressions imply the « ideal », the repetitive and at the same time the obligatory attribute.

It was pointed out that legal decisions have a dual nature: they represent the behavior of a judge (thus they are part of a behavioral culture and are dynamic), and at the same time they express an ideal (and thus they are part of the ideal culture, exercising an influence over people). The ideal component in the form of the intention of universal application differentiates between political decisions which are made ad hoc (appointment of officials, declaration of war, conclusion of peace, decision to make a raid or bestow a gift or loan, etc.), and legal decisions which are made, so to speak, *sub specie longaevitatis* if not *aeternitatis* (under the auspices of longevity if not eternity) — to be reused in the future whenever applicable. Lawyers may often refer to this ideal aspect of the decision as « the binding force of a precedent ». A legal decision, then, binds not only the parties to the particular dispute but also all other members of the group, including the authority. If he himself does not follow what he declares to be legal in his settlement of disputes, he is considered corrupt and as such he may be deposed by his followers (for examples of corruption in a tribal society see Pospisil 1958a, pp. 232-33; for execution of a corrupt authority see Pospisil 1971, pp. 67-68). Corrupt decisions, of course, should be distinguished from those that introduce a new principle or implement a new rule and thus constitute a case of new « legislation » rather than illegal action of the authority. Consequently, we must stress again that a workable attribute of law is not necessarily a « regularity » or « system element », which presupposes a « going order » (Llewellyn and Hoebel 1961, pp. 284, 287), but is the *intention* to reapply the principle in the future. Thus the attribute of the « intention

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of universal application » (universal within the particular group under consideration and not, of course, universal to humanity) allows the first authority's decision that applies a new principle to be as legal as those that follow.

Obligatio. *Obligatio* forms the third attribute of law that my comparative research has revealed as significant. The word is taken from Roman law where it was applied to contract or relationship of litigants and was often defined as *iuris vinculum* — a legal bond between two parties. As an attribute of law, *obligatio* refers to that part of the legal decision that defines the rights of the entitled party and the duty of the obligated one. It identifies the social relationship of the two litigants as it supposedly existed when the law was violated, together with the delict which unbalanced that relation. When *obligatio* forms part of the written or oral judgment of a court, Western lawyers refer to it as the « factual basis for the verdict ». *Obligatio* is consequently not « obligation » as used in English for one-sided duty or indebtedness. It is two-directional, combining the statement of the rights of the plaintiff with that of the duties of the defendant, who by his action violated a legally approved relationship. If one of these two components is missing, a decision cannot be regarded as legal. Thus, specifying the right of one party and not recognizing the duty of the other falls short of the basic prerequisite for law (for examples see Pospisil 1958a, pp. 218, 232-33).

Several precautions have to be observed. First, *obligatio* as a social relation that forms the factual basis of the authority's decision should not be confused with sanction (see MacCallum 1964, esp. pp. 3-5, 7). Sanction is an additional attribute of law, distinct from *obligatio*, and often constitutes a formally separated part of the verdict (e.g. « sentencing »). Sanction is the statement by the judge or other legal authority of how the *obligatio* created by the illegal act should be resolved and the situation normalized. For example, a statement such as « you have trespassed on your neighbor's property, to which action you have no right, and thus caused damage for which your neighbor is entitled to claim compensation » is an *obligatio*, while « as a consequence you shall pay your neighbor $ 200.00 in damages » is a sanction. Second, contrary to the interpretation of my concept by MacCallum (1964,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pp. 14-15), *obligatio* is not a consensus of the parties to the dispute — the opposite may be closer to the truth. If the parties reached a consensus there would obviously be no need for them to resort to the court. Third, *obligatio* is a *new* phenomenon. It should not be mistaken for the original (actual) social relation and its infringement which brought the parties to the court. *Obligatio* is the situation as the court conceives it on the basis of claims of the parties to the dispute, statements of witnesses, and other evidence. The evidence gathered by the court may be inadequate and even its interpretation by the court may be wrong, thus creating a discrepancy between what actually happened (the original objective truth) and what the court conceives as having happened (*obligatio*). What counts in the legal decision is *obligatio* — the situation as the authority conceives it. The discrepancy between what actually happened and what the court or informal authority assumes has happened forms a problem of factual justice which does not concern us here (see below under justice).

Another aspect of *obligatio* has important methodological consequences — the fact that it is a relationship between living individuals. Hence obligations toward the supernatural or the dead, whose interests are not defended by living persons such as priests or shamans, do not come into the realm of law (contrary to Llewellyn and Hoebel 1961, p. 286). Accordingly, in Kapauku law I have excluded all those violations of taboos that were supposed to be rectified by supernatural punishment alone and did not evoke public concern or induce some individual to act as a plaintiff or « public prosecutor » on behalf of the society. Indeed, Kapauku themselves made this distinction and treated those taboos that carried secular punishments as sacrilege and heinous crime, while taboos supposedly punished by only the supernatural (spirits which inflicted disease or death) were regarded as the private concern of the violator. Whereas a violator of a legal taboo was secretive and, if detected, apologetic about his deed, a transgressor of a purely religious taboo felt no guilt or shame — he might even bragg about his courage in challenging the spirits. *Obligatio*, then, by emphasizing the presence of rights and duties that form a jural link between parties to a dispute (who must be living

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individuals or at least represented by them) not only distinguishes legal from nonlegal relationships, it also draws a boundary between the religious law (taboos whose violation is punished secularly as well as supposedly « supernaturally ») and purely religious phenomena (taboos whose infringement is left to the supernatural to be rectified).

Sanction. The fourth attribute, sanction, has often been cited by various authors as the only criterion of law. Several authors have gone so far as to equate sanction, especially in its physical form, with law. Since ad hoc political decisions are also provided with sanctions and are not law (because of the lack of the intention of universal application), it is clear that sanctions alone are incapable of defining social phenomena as law.

Another misconception with regard to legal sanction concerns its nature. Many jurists, followed by some anthropologists, have conceived of legal sanction as exclusively physical in nature (Hoebel 1940, p. 47; 1954, pp. 28, 261). This has led other anthropologists, inexperienced in legal matters, into indiscriminately regarding all law as marked by violence and disregarding the more frequent and voluminous body of « civil » law which is mostly devoid of any type of violent acts. In a chapter on Iskimo law Spencer describes twelve legal cases, eight of which deal with killing and two with physical violence against women (1959, pp. 97-123). Undue emphasis on violence led this author to regard even feud as part of the Eskimo legal system rather than as its antithesis (1959, p. 161). In contrast, in my collection of thiry-five Nunamiut Eskimo legal cases, twenty-five deal with economic and verbal delicts, and only ten involve violence (Pospisil 1957; 1964, pp. 395-96). Even such a random sample is slanted in favor of violence simply because informants remember the more spectatular crimes more readily than the unexciting but commonplace insults, violations of contract, and transgressions against hunting laws. Indeed, since hunting is the vital occupation of the Eskimo it stands to reason that laws regulating this activity should be most prominently described in the Eskimo literature. Unfortunately, because of the undue emphasis on criminal law, such is not the case.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nonphysical sanctions such as economic (fines, payment of damages, restitution), psychological (ridicule, public reprimand, organized ostracism), and sociopolitical (excommunication, abandonment, demotion, withdrawal of titles and privileges) are in many societies more important and effective than a physical punishment. Among the Kapauku, public reprimand is the most frequent and second most feared punishment (after the death penalty) of their inventory of retribution and rectification. Indeed, a dogmatic insistence upon physical violence as the only type of legal sanction would deprive some societies of law because they rely almost exclusively on the nonphysical corrective measures. The Ona and Yaghan Indians of Tierra del Fuego (Gusinde 1937, vol. I, p. 422; vol. II, pp. 747, 1005), the Nuer of Sudan (LeVine 1960, esp. p. 55), and the Yakan of Mindanao (Frake 1969, pp. 161-62) rely in their punishment overwhelmingly upon sociopsychological sanctions. Even the Inca, excepting execution for the most hideous crimes, used loss of office, reprimand, and public ridicule as forms of sanction applied to the nobles (Rowe 1946, vol. II, p. 271).

In reacting to the emphasis on physical sanction some anthropologists came to the equally extreme conclusion that law can operate without sanction. Such a position, held by McCallum, is based upon misunderstanding of *obligatio* (see above, and McCallum 1964); and on Barkun's failure to view law as the property of a politically organized group (see Barkun 1968). The antisanction position has lately become very fashionable. In the United States, arguments are advanced which are critical of sanctions, especially of physical sanctions, claiming that they are immoral, incongruous with democratic institutions, and ineffective. Statistics, especially those dealing with the use and effect of the death penalty, are mobilized in order to prove the argument. What the writers forget is that the failure of sanctioning in the United States does not stem from the ineffectiveness of physical sanctions but from the endless notorious trial delays, the unpredictability of the judge's sentence and the indefiniteness of the length of the trial. Through legal technicalities and the incomprehensible rulings of some judges, known murderers and professional killers are sometimes set free so that the effectiveness of any type of sanction is eroded. When systematically applied and

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

administered without delay, physical punishment, especially execution, is highly effective, as documented in the sad examples of National Socialist Germany (Nazi) and Communist dictatorships where an overwhelming majority of subjects have been forced by legalized terror into conformity. The ruthless, immediate, and systematic use of the death penalty allowed the Nazis (only some five million in number) to control Germany and the rest of continental Europe (with almost 300 million people) and at the same time to wage war against the Allies on all fronts.

A broader and more objective approach, free of clichés and of moralistic and political preconceptions, bears out the findings of modern psychology and social psychology that the effectiveness of immediate, systematic, and predictable physical punishment is well substantiated (see esp. Bettelheim 1947, pp. 447-50; Dollard and Miller 1950, p. 51; Kohlberg 1963, p. 284).

Although we must admit the effectiveness of physical sanction, it is obvious that economic, psychological, and sociopolitical sanctions can be as effective as physical (sometimes even more so) and that they qualify as legal remedies. Thus for us the effect of a sanction in terms of social control and conformity is a more appropriate criterion for the definition of law than its form. To conclude, we may define sanction as a negative measure of withdrawing rewards or favors, that would have been granted if law had not been violated, or a positive action of inflicting some painful experience, physical or psychological. In this broad form sanction qualifies as one of the four major attributes of law.

4. *The Multiplicity of Legal Systems.*

From the introduction of Roman law into Western Europe, law has been traditionally regarded as an autonomous institution, detached from the structure of the society in which it exists, and pertaining to the level of the society as a whole, which in anthropology usually means a linguistic grouping. As a consequence, ethnologists have either described a simple allpervasive law, unrelated in any way to the subgroups of the studied society (Barton 1919, 1949; Hogbin 1961; Lips 1947) or, if the society had no overall political organization, law was simply declared to

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

be absent among such people (Radcliffe-Brown 1952, pp. 216-17; Howell 1954, p. 225; Van Den Steenhoven 1962, p. 112). Sometimes this trend to dissociate law from the societal structure has gone so far that an ethnographer claims that the same legal system exists in several different societies (Spencer 1959, for Tagemiut and Nunamiut Eskimo; Berndt 1962, for the Jate, Usurufa, Fore, and Kamano Papuans of New Guinea). Even when a close relationship between law and societal structure has been suggested, a subsequent report of the same society written by another ethnographer, but based on the work of the original author, neglects his suggestions and reverts to the simplistic traditional presentation that looks for law in the society as a whole and disregards its vitally important subdivisions (Evans-Pritchard 1940, esp. p. 169, versus Howell 1954, esp. p. 225).

The traditionalists' view of law as an autonomous entity unrelated to the system of the society's subgroups and pertaining only to the society as a whole has been so blindly accepted in Western sociology and anthropology that important statements like those of Hoebel, who argues that political organization exists only where there are subgroups that form discrete entities within a society (1949, p. 376), have remained virtually unnoticed. Even S. F. Moore, in her biennal review of law and anthropology, fails to devote space to this problem (1970). Strangely enough, a rectification that does not limit legal inquiry to the society or state levels, but views law as an integral part of the societal structure, has to be credited not to social science but to jurisprudence.

In 1868 Otto von Gierke had already directed his attention to *Genossenschaften* (associations) as possessing essential features of law (1868; also Ehrlich 1936, p. 24). In his footsteps followed another Western jurist Eugen Ehrlich, who subsequently recognized at least two legal systems operating simultaneously in a society: the legal propositions incorporated in the codification of rules (*leges*), and « living law », an abstraction from the behavior of the members of the various associations (1936, esp. pp. 37-38). Unlike Gierke, Ehrlich unfortunately did not recognize that each of the associations had a different legal system of its own, and thus he failed to link law to the structure of the society. Although not elaborating the issue, Max Weber also expressed the idea of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the coexistence of several legal systems in a given society (1967, pp. 17-18). In anthropology the idea of the coexistence of several legal systems among the same people was introduced, although very casually, by Llewellyn and Hoebel in their joint work, *The Cheyenne Way*, where the authors discussed social controls of the tribe and its constituent subgroups. Unfortunately, still being influenced by the tradition, they did not go so far as to recognize the existence of law in the society's associations and spoke only about the « sub-law stuff » or « bylaw stuff » as existing in these groups. Nevertheless, even this compromise with the pressure of the common conviction represents an important break from the sterility of the old-fashioned anthropological legal tradition (1961, esp. pp. 28, 53).

In a previous paper I defined political structure as « a configuration of analytically derived relationships of those purposive activities of individuals and groups of individuals which establish and maintain authority and determine its legislative, executive, and judicial functions » (Pospisil 1959, p. 1). In this definition are stressed not only the interpersonal power relations of individuals but also the fact that similar relations exist between the subgroups of a society. Each of these subgroups has its pattern of power relations that define the leadership within it, a leadership that enforces a set of principles of social control. Since the past experience, education, personality, conviction, and political philosophy of the individual authorities vary, they enforce sets of principles that differ from one subgroup to another. Their decisions containing these principles possess all four characteristics of law: they are passed by leaders who function as jural authorities (enforcing or inducing people to conform — attribute of authority); the principles they contain are meant to be applied to all « identical » cases decided in the future within the same subgroup (attribute of intention of universal application); they express a right/duty relationship between the parties to a dispute (attribute of *obligatio*); and they are provided with physical and sociopsychological sanctions (attribute of sanction). Having established these facts we shall follow the hints and suggestions of Gierke, Ehrlich, Weber, and Llewellyn and Hoebel, and recognize the existence of multiple legal systems in a society. We may go even farther

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and claim that every functioning group or subgroup of a society possesses not only a leader but also its own legal system, which permits the group to function by compelling its members to conform to common behavioral principles. Thus there are as many legal systems as there are functioning subgroups. The totality of legal principles employed by an authority of a group forms the legal system of that group. Since subgroups of a society are arranged hierarchically, their corresponding legal systems reflect this hierarchy. The sum of those legal systems that belong to groups of the same type and membership inclusiveness we may call *legal levels* (levels of family, household, lineage, clan, political confederacy, district, state, etc.). Since an individual usually belongs to several subgroups in a society (he may be a member of his family, household, community, various social and economic associations, and state), he is subject to the legal systems of all the groups of which he is a member. Because law may differ not only among groups of the same inclusiveness (e.g. different families may enforce different rules of etiquette or table manners) but also from one level to the other, a given individual may be exposed to several legal systems which in their content may vary to the point of contradiction.

As an example of the multiplicity of legal systems in a society we may cite the different laws of incest as they existed in a single political confederacy of four lineages among the Kapauku Papuans of New Guinea (for a full account and a quantitative analysis of this case see esp. Pospisil 1958a, pp. 165-66, 275; 1958b; 1959; 1967; 1969; 1971, pp. 107-11). The Ijaaj-Pigome political confederacy is composed of four lineages, one of which is divided into three sublineages. Members of these unilineal descent groups live in seven villages. Although in one lineage (Dou of Bunauwobado), marriage within the same Dou sib is punishable by death, in the Pigome lineage and the Ijaaj Nibakago sublineage of the third lineage it elicits only a beating; and in the Ijaaj-Enona and Ijaaj Jamaina sublineages of the same lineage it has ceased to be a crime and is even regarded as a preferred union! Similar differences exist between the legal systems of these groupings with regard to other delicts and the use of sanctions. If one paid no attention to the societal structure of the Kapauku society

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and to its many legal systems, the law of incest in the Ijaaj-Pigome confederacy would be incomprehensible. Mystical and ephemeral definitions and analyses of tribal law often result from theorizing based on research which disregards the multiple social controls in a society and fails to link individual trouble cases and decisions to specific subgroups and their authorities.

To recapitulate: jural law (*ius*) exists as principles permeating concrete decisions passed and enforced within a group by its legal authority. A society, no matter how civilized or primitive, whether politically organized or acephalous, is not composed of an unstructured amalgam of people — it is a patterned mosaic of subgroups. The very existence of each of these subgroups is made possible by the enforcement of a legal system that is its own. Some offenses within such a group cannot go unpunished, and since disputes cannot be allowed to continue indefinitely lest they destroy the group, the existence of a legal system is a vital necessity to any functioning social group. As a consequence, a society has as many legal systems as there are functioning subgroups, the systems reflecting precisely the pattern of the society's subgroups — its societal structure. An individual is thus subject to as many legal systems as subgroup memberships he holds. Therefore a proper analysis of law within a society, no matter how civilized or tribal, has to be related to its pertinent societal structure (pattern of a society's subgroups) and legal levels, thus accounting for multiple legal systems in that society.

Decision-making process, is always related to and reflects the main organizational principles of the structure of a society.

5. *Legal Dynamics.*

Law, as we have seen, is an integral part of culture and not an autonomous, static phenomenon. The relationship between law and the particular culture in which it exists was demonstrated by Montesquieu in his pioneering study *De l'Esprit des lois* (1750). Since the publication of this work the fact that law changes in space and time has been gradually accepted. The time-changes of law are of two kinds. The changes resulting from « the relations between the legal rules and the institutions of an

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

epoch in their doctrinal connexion » (as Vinogradoff identified it, 1922, p. 10) I have called « change of legal systems », because the subject of the change affects the whole body of law of a society as it reflects alterations in the other nonlegal institutions (political or religious philosophy, modes of production and distribution, division of labor). In contrast, we may call « the innumerable fluctuations of the growth and decay of actual laws » (Vinogradoff 1922, p. 10) the « change of laws », because here the history of specific legal precepts is dealt with — how they originate, enter the legal system and adjust to it, change in time, and decay and disappear from the legal inventory when the social situation becomes so altered that they are obsolete.

Change of legal systems. A cursory look into past and contemporary studies of jurisprudence, social science, and philosophy reveals that the « change of legal systems » has caught the fancy of many scholars of the various disciplines. Intriguing and often grandiose but inadequately documented theories have resulted, but their lasting contributions do not lie in the « factual » or theoretical conclusions, which obviously cannot stand impartial and comparative inquiry. Rather, it is in the field of methodology in which the studies have contributed more lasting value and have helped to lay the foundations not only for the science of law but also for the social sciences in general. Thus the theoretical conclusions of scholars of legal dynamics (and especially of those who embraced the doctrine of unilineal evolutionism, e.g. Maine, Spencer, Marx, Engels, and Lenin) exhibit many weaknesses.

Most of their theories are based solely on the knowledge of Western civilization, without any cross-cultural comparisons. Looking back for inspiration to a utopian Golden Age, and having little knowledge of tribal societies and their social controls, they postulated a peaceful lawless state in which custom is supposedly omnipotent, leaving little need for deliberate controls by the society's leaders. Reacting negatively to the 19th century overemphasis upon the role of the individual in history and society, they often indiscriminately postulated a « socialeconomic determinism » that left no role for the individual to play in the legal development of a society (e.g. the unilineal evolutionists and also

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Durkheim); thus they preached what Stone has so aptly called « legislative impotence » (1950, esp. p. 444). Finally, the conceptual dichotomizing that characterizes Western *Weltanschauung* so profoundly affected the theories of some of these authors that it either made them insensitive to social reality (esp. the dialectics of the Marxists) or resulted in an oversimplified and ethnocentric legal system divided into two opposing categories (e.g. Maine, status versus contract; Durkheim, mechanical versus organic solidarity systems). It is one thing to study the evolution of man's physique on the basis of a geological, ecological, and fossil record, and something else to try to reconstruct the evolution of law without empirical data. These unsatisfactory attempts to account for « evaluation of legal systems and law » in human society, which at best can be called speculations, force us to turn our attention to « changes of laws » that can be historically documented and empirically studied.

Changes of Law. Studies of the of *laws* (meaning the origin, subsequent structural and functional changes, decline, and abolition of particular legal precepts) are in striking contrast to the studies of the change of *legal systems*.

In this subfield of legal dynamics there are two concepts that are of social scientific importance. They pertain to universal legal typology and classify some laws as « customary », while others are labeled « authoritarian ». Although the first term has been frequently employed in the ethnological literature and the second only sporadically, their use as a contrasting set (dichotomy) is my own (Pospisil 1958a, pp. 278-80). Traditionally, customary law was subject to ethnological investigation — indeed it has often been claimed that all tribal law is customary but only because ethnologists have erroneously identified customary law with uncodified legal precepts (see Fallers 1969, p. 3) or have simply assumed that all tribal law was somehow static, immutable, and in use in the (often superficially) studied group from time immemorial. Since there are no records among tribal peoples, and ethnologists' research has been often alarmingly short, the long use of the customary law has simply been « determined » *a priori*. In contrast, authoritarian law has almost invariably been ignored

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and, if mentioned, its existence in tribal societies has been dogmatically ruled out.

The difference between the two types of laws, as I see it, is quantitative rather than qualitative. It pertains to the degree of « internalization » on the part of the members of the group, a mental process that persuades them that a law is binding, justified, and indispensable. In the 13th and 14th centuries the Commentators (students of Roman law) identified customary law by two criteria: *longa consuetudo* (long use) and *opinio necessitatis* (conviction of the law's indispensability; see Sommer 1933, p. 10). The first criterion is imprecise (how long is long?), but the second defines the term and makes it operational. It separates customary law in a very exact way from other laws that do not enjoy popular support and are often enforced against the will of the majority. The latter laws we shall call authoritarian. A customary law, then, is a law that is internalized in the sense that the majority of people in a group feel it binding and desirable and that people who break it experience shame or guilt. Conformity with customary law is effected by this deep conviction and internal psychological mechanism rather than by external pressure, punishment, or threat. It is this type of law that the ethnographer usually describes. Unfortunately, he has often forgotten that without its recognition and application by an authority it would merely be a custom. Authoritarian law is not internalized by the majority of the people. Only the leader and a minority of his supporters can enforce such a law against the will of the people. There may, of course, be authoritarian laws that have been only recently promulgated so that the people, although not antagonistic to them, have not had time to become accumstomed to them. Notwithstanding these differences, people obey authoritarian laws only because of outside inducement or compulsion that may range from reward to severe punishment. When they violate such a law they feel no shame or guilt, they are afraid only of being detected. Contrary to the evidence from most ethnological literature, I have found authoritarian laws present in the tribal societies I have investigated. Of 132 legal cases that I recorded in 1954-55 among the Kapauku Papuans, 114 were decided on the basis of principles that have to be classified as customary

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(the majority believing in their desirability and justice), and 18 incorporated principles that were authoritarian.

The difference between the two types of laws being quantitative, they are distinguished by their degree of internalization. Internalization of a law is not a static phenomenon but a process. A customary law may change in time to an authoritarian one, or the process may be reversed as an authoritarian law slowly gains acceptance and becomes customary. The first change can be called externalization; the latter constitutes an internalization process that has two aspects. For the individual, internalization is a psychological process that involves a change of his judgment of the law in question. An increase of psychological internalization means his progressively greater emotional attachment to the provisions of the law and his realization that the law is indispensable. Externalization means that slowly or rapidly, as the case may be, positive judgments and feelings toward the law are being extinguished.

Internalization, when viewed for the society, is not only a psychological phenomenon. Here internalization is conceived and measured by the increase and decrease of the number of individuals who support the law. Although psychological internalization consists of qualitative changes in the individual's mind, sociological internalization is quantitative in nature and pertains to the whole membership of a given social group.

Study of psychological internalization reveals how a new law or value is received and how it slowly gains the internal acceptance of an individual. It also reveals why a given law is internalized while another is rejected and continues to be resisted by the individual, if not in his behavior then at least mentally. The learning theory of Dollard and Miller shows that new values are learned and internalized through a mechanism of positive or negative « reinforcement » by systematic application of rewards or punishments (1950, pp. 48-51). Of course, the fact that an individual internalizes a value or a law does not necessarily mean that he is not going to break it. However, when he breaks a law which he holds indispensable and proper he develops shame, guilt feelings, or remorse, which may lead even to self-incrimination and confession.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

An individual may internalize a new law voluntarily by realizing its advantages, or though prolonged exposure to it, accepting it slowly as the only proper response to a specific problem. If, however, a new law or even a whole new legal system is resisted by individuals, they nonetheless may be made to internalize it through systematic enforcement. A method to achieve forcible internalization, developed by modern political dictatorships, is « brainwashing ». Its essence was expressed by the Nazi Minister of propaganda Josef Goebbels: « A lie repeated a thousand times becomes truth ». In other words, when a man is isolated from outside influences, and a new law or value, no matter how wrong or repulsive, is constantly dinned into his consciousness, his mental defenses collapse and he finally accepts it, internally and psychologically, as desirable and correct. Strangely enough, he may do this even if such a law is for him self-destructive. An excellent and shocking study of the results of brainwashing has been done on the inmates of modern concentration camps. Bettelheim's study of the prisoners in the German concentration camp in Buchenwald demonstrates that under conditions of extreme terror, physical deprivation, and isolation, man can and does internalize rules and behavior that are obviously self-destructive. The internalization of the rules and behavior of the SS by the inmates went so far as imitation of the SS uniforms and acts of brutality, and the development of admiration and perverted love for the tormentors and executioners (Bettelheim 1943, pp. 418, 447-78). One can study similar processes under similar conditions today in such communist concentration camps as Jáchymov, Leopoldov, or Bory in Czechoslovakia, and Novaya Zemlya and many others in the Soviet Union, euphemistically called labor camps. The communist states as a whole seal off their frontiers from the outside world by « iron curtains » (barbed wire and electrical fences, minefields, machine gun towers, bloodhounds), and rely on close surveillance by uniformed and secret police and a network of informers to enforce internalization of the rules of communist authority in the isolated population.

The sociological counterpart of psychological internalization consists of a process by which such laws gain more and more supporters — the individuals who have accepted them. Although

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the total of accepting individuals is an arbitrary figure because of the different degrees of internalization of individuals, the resulting quantitative distinction between customary and authoritarian laws is much to be preferred to the former intuitive and obscure and unrelated definitions of the two concepts. The two types of law thus acquire sociological importance and become operationally significant. More importantly, their use in analysis allows us to predict public reaction to enforcement of various rules. Tests of internalization may even reveal future structural changes in a society, as I have demonstrated in a case in which old laws of incest were changed and the new laws were internalized by the Kapauku Papuans (Pospisil 1969).

In summary, the quantitative dichotomy enables us to view customary and authoritarian laws as dynamic phenomena, each constantly changing into the other at a different rate. Individual laws may originate as customs which enter the legal sphere because they were incorporated into the authority's decisions and enforced. As time passes and the social situation changes these customary laws may gradually lose the support of the population, thus becoming more and more authoritarian — enforced against the opinion of the people. Finally, the law may be abolished altogether by the authority's explicit proclamation or simply by his informal disregard of it in his decision-making activity.

On the other hand, a law may originate via an unpopular legal decision which introduces a new principle. As time passes, the unpopular principle may gain favor from the population and by the process of internalization become customary. If such a law is then dropped as no longer desirable, it will nevertheless continue to be followed, but only as a custom. Thus the conceptualization of customary and authoritarian laws offers greater precision and predictability to the analyses of law and its change. It also relates law meaningfully to other social phenomena, especially to customs and political decisions.

6. *Justice.*

Although it defines proper behavior and punishes offenses against impropriety, law represents only the lowest permissible or

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tolerated standard of behavior. Its principles are subordinated to those of morality; as a matter of fact, law in the West has been traditionally regarded as the tool of justice. But when we realize that the greatest atrocities of the 20th century (genocide, and massacres of political dissidents) have been committed in the name of the prevailing law, we have to conclude that blind compliance with some laws of a particular country is actually nothing to be proud of. Thus the phrase « he is a law abiding citizen », which often is uttered as a great praise in the United States, is to a man knowledgeable of history and comparative jurisprudence meaningless and based on ignorance of the problems of ethics and social control.

The conception of justice raises a question: Is the idea of justice unique to the Western world, or is it more common or even universal? The ethnographic writings of authors sophisticated in this area of inquiry reveal that the conceptualization of justice and its differentiation from law is widespread. Consequently, it merits comparative study. The Chinese have distinguished concepts of *fa* (abstract statutary rules), *li* (moral principles), and *I* (superordinated to both preceding concepts and signifying justice), Koreans (according to Hahm 1967, p. 40) made justice synonymous with virtue; the Kapauku Papuans call it *uta-uta* (half-half), thus recalling the balanced scales of the Western symbol of justice. The Lozi of Zambia call it *tukelo* and their judges regard their courts not only as instruments of law but also of justice (Gluckman 1967, pp. 166, 177). My cross-cultural inquiry into problems of justice have revealed that a basic division of the concept of justice into facts and law (see Llewellyn and Hoebel 1961, p. 304) is heuristically valuable and analytically significant. In our courts, administration of the two types of justice is often separated: the jury decides the question of the justice of facts (e.g. guilty or not guilty), the judge administers the justice of the law in his « sentence ». This conceptual dichotomy is not only the property of the West but is also utilized by such tribal peoples as the Kapauku, who refer to the administration of factual justice as *boko petai* (« to seek vital substance ») and to the justice of law as *boko duwai* (« to cut the vital substance »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Justice of the facts. To establish a factual basis for his decision the civilized as well as tribal authority has to gain objective knowledge of the case from various sources. The degree of agreement of the in-court reconstruction of the relationship of the litigants and of the delict which broke that relationship with what actually happened is the measure of factual justice. To achieve a significant correspondence between the reconstructed and the actual legally relevant situations entails ingenuity and experience on the part of the judge. It also depends on his integrity and impartiality. He should usually be suspicious of all presented evidence and thus he has to probe it in his cross-examination. It has often been claimed that in tribal societies facts about a dispute are common knowledge. Although this may be true in some instances, it is not always the case. Thus a tribal headman or a chief will question, express doubt, or cross-examine as much as a specialist judge in our civilization.

Establishing factual evidence may take secular (empirical and logical) and/or supernatural (nonempirical and often nonlogical) forms. The secular establishment of evidence usually relies on the statements of the parties to the dispute and witnesses. Both civilized and tribal peoples distinguish between direct evidence and hearsay. However, unlike our courts, tribal judges concentrate on determining the reliability of witnesses by asking questions about their industry, family life, and friendships — questions which in our courts would be ruled irrelevant and inadmissible. However, through such « irrelevant » questioning the native authority establishes a credibility profile of the witnesses which will help him to judge the reliability of their testimony.

Veracity may also be tested by comparing individual testimonies with the standards and stereotyped behavior of a « reasonable man ». A tribal or civilized culture is likely to impose certain standardized reactions upon, for example, liars, adulterers, and thieves, that are so well defined that the judge « knows » who is speaking the truth and who is a typical wrongdoer. As Gluckman reports for the Lozi, a judge can tell whether a woman is a prostitute or not by the fact that only a whore, charged with illicit sex relations, would boldly look at the judge (1967, p. 136).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Witnesses themselves are of different kinds. Some may be voluntary, others forced onto the witness stand against their will by for example the institution of *sub poena*. However, some societies (as the Kapauku) respect individual freedom to such an extent that a man cannot be forced to testify against his (her) own will. In addition to witnesses the courts establish evidence and facts through experts, special investigators, or paid informers. In many societies a defendant may not only be forced to testify, but his confession may be forcibly extracted by physical or psychological torture, or both. The most notorious examples of this procedure come from the « civilized » Middle Ages or modern dictatorships (e.g. the fantastic extorted « confessions » of Zinoviev and Kameniev, once the leading Communists in the Soviet Union, who confessed, among other things, to be agents of foreign governments).

When testimonies and confessions are not available or are inadequate, evidence may be secured from investigation of the scene of the crime of the dispute, or from investigation of evidence by experts (e.g. of the tracks left by a criminal). Since most tribal people walk barefoot, tracks can often identify criminals as we can identify them by fingerprints.

When all secular evidence (empirical) fails to provide adequate answers, tribal and sometimes civilized authorities resort to « supernatural powers » for help — an ordeal, oracle, oath, or self-curse. Ordeal, submission of the accused to pain or danger over which, it is believed, the supernatural has control, is common in Africa and some parts of Asia. It often takes the form of swallowing some sort of poison, licking redhot iron, extracting an object from boiling water, fire-walking, etc. If the accused is not guilty it is believed that he will not be injured. Oath, a solemn calling upon a deity or a spirit to witness that truth is spoken, or self-curse, an exhortation of the supernatural to punish the speaker, usually in a specific way, if he has lied, is used more widely than ordeal. Ordeal, self-curse, and oath often work objectively in the sense that the guilty or lying individual either confesses or refuses to undertake the ordeal, or is betrayed by his fear to the medicine man who through practice has become an expert psychologist (Lindblom 1916, pp. 162-63). To conclude,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

justice of the facts deals with the factual background upon which a decision is going to be based; it is the question of how effective is the factfinding of the court, and to what extent do the actual facts that enter into a jural decision (in the form of an *obligatio*) match those assumed to be true.

Justice of the law. Unlike justice of facts, this type of justice deals with problems of adjudication and tries to enforce the principle of impartiality — treating like cases in the same way (justice of adjudication). Also it questions the principles (law, *ius*) which enter the rules (*leges*) or precedents and asks whether they themselves are just (justice of the principles of law).

1. *Justice of adjudication* consists actually of two subtypes according to their differential concern. The first, which I call *formal justice in adjudication* (see 1971, pp. 240-41), is concerned with the problem of applying legal principles (derived from rules and precedents) of a general (abstract) character to alike cases (see also Lloyd 1966, pp. 108-09). In other words, formal justice of law promotes impartiality. This subtype of justice in adjudication is sometimes violated, basically for two reasons: the authority is corrupt and practices preferential treatment for some individuals, or the authority misinterprets the factual basis of the case and applies to it a not pertinent provision of law. The second subtype, which I call *humane justice in adjudication,* is concerned with a particular case per se and with a humane application and interpretation of law tempered to the individual case. This type of justice is often called *equity*. Equity in a case is achieved « by conferring a certain discretionary power to interpret the laws in the spirit of equality rather than insisting on their strict letter » — as formal justice does (Lloyd 1966, p. 111). Thus this type of justice represents a sort of antithesis to the formal subtype by emphasizing the merits of the individual case and its special circumstances (e.g. the age, health, and material circumstances of the offender, his motivation and state of mind) rather than a blind application of legal principle. In the West it is usually agreed that most justice is achieved if a compromise between these two subtypes is reached by the judge (for details see Pospisil 1971, pp. 241-45; for a history of Roman equity see

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Buckland 1911, pp. 9-12; Sommer 1933, pp. 63-65; Maine 1963, pp. 54-66; for a history of equity in England see Maitland 1936, esp. pp. 3-19; for equity in a tribal society — Kapauku — see Pospisil 1958a, pp. 254-55; for the Cheyenne see Llewellyn and Hoebel 1961, p. 303; and for the Barotse see Gluckman 1967, pp. 95, 125-28, 161, 202, 213). That subscribing to one of the subtypes to the neglect of the other causes great injustice is well documented by Maitland in cases of overemphasis on formal justice (1936, pp. 3-19); and by Hahm (1967, pp. 40-41) on the sole reliance of Confucian jurists of China and Korea on the equity principle. The latter author concludes that « An extreme form of ' particularistic justice ' that obtained in Korea resulted in ultimate negation of justice itself » (p. 41).

2. *Justice of the principles of law* addresses itself to the question whether the enforced legal principles are just per se. In other words, the focus of attention and inquiry shifts from adjudication of a particular case to the legal precept, and ultimately to the legal system as a whole. It seeks to find in the positive law, enforced in the courts, a permanent concept of justice (Berolzheimer 1929, p. 9). This field, however, is the domain of legal philosophers who, since the birth of Western civilization in Mesopotamia, have tried to design a system of ethical values that would lend itself as a measure by which positive law could be judged just or unjust. One group of scholars has tried to concentrate on the content of legal precepts, and thus investigates what has been called « substantive justice »; the other group deems this approach fallacious and has concentrated on the legal process, or « procedural justice ». Both have tried to find universally valid principles of justice that would measure the validity of positive law or define justice as an analytical concept with cross-cultural applicability.

In the subfield of *substantive justice*, in which we judge all human rules of conduct as just or unjust, and thus « good or bad », by comparing them with a scale of values based upon a particular philosophy, the doctrine of Natural Law was prominent in the Western world. Briefly, this doctrine held that the universe together with human society was dominated by intrinsic laws

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

which produce harmony in nature and were supposed to emanate from things — animals, man, and human society — at the point of their fullest development. Natural Law was thought to be immanent in the constitution of man, a potentiality that unfolds and reveals itself with his final development. Thus Natural Law was regarded as universal to all cultures and applicable irrespective of time and space because it grew with the increasing civilization of man and thus remained perpetually adequate (Barker 1957, p. xxxv). Specifically, the Stoics of Greece believed that Natural Law had as its origin the reason common to all man, a reason which Cicero of the Old Rome believed to be unchangeable and eternal (Cicero 1967, p. 128; 1745, p. 41). Of course, what Natural Law was actually supposed to be was determined by the basic values shared at a given time by Western scholars. Christian and Classical principles especially constituted its essence and were identified in the works of Cicero, Aquinas, Grotius, Puffendorf, Fichte, Rousseau, Kant, and many others. Thus Natural Law formed the basis not only of classical Greek and Roman justice, but also heavily affected the common law of the Catholic Church, international law, and many such modern legal philosophies as Kant's concept of the categorical imperative. This doctrine was also the basis for the constitution of the United States, and for the famous legal codes of Prussia (1749), France (1804), Austria (1811), and Germany (1900), and it provided the grounds for the Nüremberg trials against Nazi war criminals (for a detailed account of Natural Law see Pospisil 1971, pp. 246-56).

Substantive justice in general, and Kant's doctrine of Natural Law in particular, although influential in the West, cannot be used as an instrument of justice cross-culturally because law and its underlying basic assumptions vary from culture to culture and in time. Because of this fact (recognized already by Montesquieu in the 18th century) many philosophers contemplating the nature of justice turned for a universal solution to legal procedure rather than to legal substance, thus creating *procedural justice*. To them, « Justice is little more than the idea of rational order and coherence and therefore operates as a principle of procedure rather than of substance » (Lloyd 1966, p. 110). Accordingly, some authors such as Jeremy Bentham stress utility and happiness as

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a measure of the morality of an act. To him a just law achieved a maximum of happiness and pleasure for individuals and minimized their pain (Bentham 1876; also Pospisil 1971, pp. 256-59). Since the stress was placed on acheiving the maximum pleasure (utility) and not on the content of the particular laws (regarding as irrelevant how this maximization was realized), the theory was relative and could be applied to various cultures. Concern with the welfare of the society rather than that of individuals led Rudolf von Ihering to develop the theory of the social utilitarianism of justice. He considered man to be motivated not only by self-desire but also by altruistic considerations, even to the point of self-denial. A just law to him was one that, while promoting individual interest, contributed to achieving the social purpose of common happiness by bringing the purposes of individuals into ɥarmony with each other (Ihering 1913; also Pospisil 1971, pp. 259-61).

While these theories of justice were theoretically relative and not confined to Western values, they were impractical for an exact social scientist. Of greater worth were theories which viewed as just law those precepts that contained principles reflecting basic cultural values of societies in which they were enforced as law. Such principles have been called *jural postulates*, a term coined by Josef Kohler, founder of this particular inquiry into justice (1909; see also Pospisil 1971, pp. 264-67). In practice, an anthropologist trying to rule on the question of the justice of a law had to determine the basic cultural value by analyzing the nonlegal aspects of the studied culture (philosophy, *Weltanschauung*, economy, social structure, etc.) and comparing them with principles enforced by the pertinent law (jural postulates). Justice then could be measured by the degree of agreement between the two sets — the basic cultural values and the jural postulates. The basic idea of jural postulates, with modifications of course, was used by several important scholars like Roscoe Pound (1942; asee also Pospisil 1971, pp. 267-69) and E. Adamson Hoebel (1954; see also Pospisil 1971, pp. 269-71). Another cross-culturally applicable way of conceptualizing justice would be to utilize the concept of the internalization of law, as described in the preceding section of this paper, and regard those laws as just which had

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the support (by being internalized) of the majority of the members of their society (Pospisil 1971, pp. 270-72).

Both of the procedural theories of justice — jural postulates and internalization — are applicable cross-culturally, as is attested by the work of Hoebel (1954) and by the results of my inquiry into the legal systems of the Nunamiut Eskimo, Kapauku Papuans, Hopi Indians, and Tirolean peasants. We can conclude this discussion by the interesting finding that like the civilized peoples of the world, so also tribal peoples that have been studied in this respect differentiate rules (*leges*) from precedents, and legality from justice and morality. It is the two last concepts that are almost universally held in esteem, whereas legal behavior represents only the minimal generally acceptable standard for behavior — certainly nothing to be very proud of.

7. *Conclusion.*

In this article I have presented a theory of law that has resulted from my informal education in law, subsequent study of the theoretical works of the scholars of jurisprudence and ethnology, and an investigation of ethnographic library data from a large sample of diverse societies. I have tested this theory in the field and it has been modified to accommodate new sets of data. The resulting concept is a jural law — *ius*, and as such is sharply differentiated from *lex* — the statute or abstract rule which usually but not always incorporates the former. So distinguished, law (*ius*) has a form of principles contained in legal decisions and possesses four attributes: authority, intention of universal application, *obligatio*, and sanction. This concept of law comprises in general the category of phenomena that in an English dictionary are called « law » and it possesses a heuristic value for social scientific analysis in that it makes law universal, cross-culturally applicable, and by being part of the decisions of a leader, central to the existence of any functioning social group.

So conceived, law does not float around in a society in an unstructured way — it always pertains to specific groups and subgroups of a society. Thus law pertains to politically unified subdivisions of the societies and to a society as a whole only if

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

it is also politically unified. As a logical consequence we have recognized the multiplicity of legal systems existing within a « tribe » or a « state society »; there are as many legal systems within a given society as there are functioning subgroups. These legal systems form a configuration that reflects precisely the pattern of the society's subgroups — its societal structure. Legal systems differ from subgroup to subgroups and from one legal level to another. What appears as mere custom on one societal level (let ut say tribal) may well be an enforced law on another level (e.g. lineage). Thus law is a relative phenomenon — relative to the point of reference in the societal structure with which it is inseparably bound and of which it is a normative expression.

Law has been found to exhibit an additional type of relativity. The same law that is customary (that is, internalized by the majority of the members of the group) on the society level, for example, appears as authoritarian from the point of view of those subgroups whose members have not had the time or desire to internalize it, in spite of the fact that their authorities enforce the measure. Because law, as we have seen, is composed of dynamic phenomena, it constantly changes through the increase or decrease of its internalization from customary to authoritarian or in the reverse direction. From these changes of individual law we have distinguished a long-term macrochange of the whole legal system which has been conceptualized by various scholars as « the evolution of law ».

Finally, we have distinguished between law and justice by conceiving the two as different standards for behavior; law, as the minimum permissible standard, and justice as the higher, ideal, and much more desirable criterion for behavior.

Reflecting upon the above findings and conceptualizations we may conclude by saying that law cannot escape the recognition of its relation to the group in which it exists and to the members of that group whose lives it shapes and protects. By viewing law as principles upheld in decisions of the authorities of particular groups this concept becomes relative and relevant to the societal structure. It makes it an integral part of the sociocultural matrix in which legal phenomena exist.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BIBLIOGRAPHY

BARKER, Ernest, 1957, « Translator's Introduction », in Otto von GIERKE, *Natural Law and the Theory of Society, 1500-1800.* (1st ed., 1934) Boston, Beacon Press. Pp. IX-XCI.

BARKUN, Michael, 1968, *Law Without Sanctions*, New Haven, Yale University Press.

BARTON, R. F., 1919, « Ifugao Law », *University of California Publications in American Archeology and Ethnology*, vol. 15, pp. 1-186.

—, 1949, *The Kalingas: Their Institutions and Customary Law.* Chicago, University of Chicago Press.

BENTHAM, Jeremy, 1876, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation.* (1st ed., 1780) Oxford, The Clarendon Press.

BERNDT, Ronald M., 1962, *Excess and Restraint.* Chicago, University of Chicago Press.

BEROLZHEIMER, Fritz, 1929, *The World's Legal Philosophies.* New York, The Macmillan Company.

BETTELHEIM, Bruno, 1943, « Individual and Mass Behavior in Extreme Situations », *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 38, pp. 417-452.

BUCKLAND, W. W., 1911, *Equity in Roman Law.* London, University of London Press.

CICERO, Marcus Tullius, 1745, *De Legibus.* London, J. and P. Knapton.

—, 1928, *De Legibus*, trans. by Clinton Walker KEYES. New York, Putnam's.

—, 1967, *De Re Publica*, Milano, Mondadori.

COCHRANE, Glynn, 1972, « Legal Decisions and Processual Models of Law », *Man*, vol. 7, no. 1, March 1972, pp. 50-56.

COOK, Edwin A., 1965, *Manga Social Organization.* Unpublished doctoral dissertation, Yale University.

DAVIS, F. James, Henry H. FOSTER, C. Ray JEFFERY, and E. Eugene DAVIS, 1962, *Society and the Law: New Meanings for an Old Profession.* New York, The Free Press.

DOLLARD, John and Neal E. MILLER, 1950, *Personality and Psychotherapy.* New York, McGraw-Hill Book Company.

DURRENBERGER, E. Paul, 1976, « Law and Authority in a Lisu Village: Two Cases », *Journal of Anthropological Research*, vol. 32, no. 4, Winter, pp. 301-325.

EHRLICH, Eugen, 1936, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, trans. by Walter L. MELL. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ENGELS, Friedrich, 1962, *Der Ursprung der Familie, des Privateigenthums und des Staats*. (1st ed., 1884) In *Karl Marx, Friedrich Engels Werke*, vol. 21, Berlin, Dietz Verlag. PP. 25-173.

ESCARRA, Jean, 1936, *Le droit chinois*. Peking, Éditions Henri Vetch.

EVANS-PRITCHARD, E. E., 1940, *The Nuer*. Oxford, The Clarendon Press.

FALLERS, Lloyd A., 1969, *Law without Precedent*. Chicago, The University of Chicago Press.

FRAKE, Charles, 1969, « Struck by Speech: The Yakan Concept of Litigation », in Laura NADER (ed.), *Law in Culture and Society*. Chicago, Aldine Publishing Company. Pp. 147-167.

GIERKE, Otto von, 1868, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, Wiedmann.

GILLIN, John Paul, 1934, « Crime and Punishment among the Barama River Carib of British Guiana », *American Anthropologist*, vol. 36, pp. 331-344.

GLUCKMAN, Max, 1967, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*. (1st ed., 1955) Manchester, Manchester University Press.

GULLIVER, Philip H., 1963, *Social Control in an African Society*. London, Routledge and Kegan Paul Ltd.

GUSINDE, Martin, 1937, *Die Feuerland Indianer*. (2 vols.) Mödling, Austria, Anthropos.

HAHM, Pyong-Choon, 1967, *The Korean Political Tradition and Law*. Seoul, Hollym Corporation, Publishers.

HOEBEL, E. Adamson, 1940, *The Political Organization and Law-ways of the Comanche Indians*. (American Anthropological Association Memoir 54). Santa Fe, Santa Fe Laboratory of Anthropology.

—, 1949, *Man in the Primitive World: An Introduction to Anthropology*. New York, McGraw-Hill Book Company.

—, 1954, *The Law of Primitive Man*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

HOGBIN, H. Ian, 1961, *Law and Order in Polynesia*. (1st ed., 1934) Hamden, Conn., Shoe String Press.

HOLLEMAN, J. F., 1952, *Shona Customary Law*. London, Oxford University Press.

HOLMES, O. W., Jr., 1897, « the Path of Law », *Harvard Law Review*, vol. 10, pp. 457-478.

HOWELL, P. P., 1954, *A Manual of Nuer Law*. London, Oxford University Press.

IHERING, Rudolf von, 1913, *Law as a Means to an End*, trans. by Isaac HUSIK. Boston, The Boston Book Company.

KOHLER, Josef, 1909, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. Berlin, Dr. Walter Rothschild.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LENIN, V. I., 1962, *Gosudarstvo i Revolyucia*, in *V. I. Lenin: Polnoye Sobraniye Sochinyeniy*, vol. 33. Moscow, Gosudarstvennoye Izdatel'stvo Politicheskoy Literaturi.

LEVINE, Robert A., 1960, « The Internalization of Political Values in Stateless Societies », *Human Organization*, vol. 19, no. 2, pp. 51-58.

LEVY, Marion J., Jr., 1949, *The Family Revolution in Modern China*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

LIPS, Julius E., 1947, « Naskapi Law », *Transactions of the American Philosophical Society*, vol. 37, part 4, pp. 378-492.

LLEWELLYN, Karl, 1930, « A Realistic Jurisprudence », *Columbia Law Review*, vol. 30, p. 431.

—, 1940, « The Normative, the Legal and the Law Jobs; The Problem of Juristic Method », *Yale Law Journal*, vol. 49, p. 1355.

LLEWELLYN, Karl N. and E. Adamson HOEBEL, 1961, *The Cheyenne Way* (1st. ed., 1941) Norman, University of Oklahoma Press.

LLOYD, Denis, 1966, *The Idea of Law* (1st ed., 1964). Guildford, Eng. MacGibbon and Kee Ltd.

MACCALLUM, Spencer H., 1964, « Law Without Sanctions » (An unpublished paper), mimeographed.

MAINE, Henry Sumner, 1963, *Ancient Law*. (Reprint of 1861 ed.). Boston, Beacon Press.

MAITLAND, F. W., 1936, *Equity*. (1st ed., 1909) Cambridge, Eng., Cambridge University Press.

MALINOWSKI, Bronislaw, 1964, « An Anthropological Analysis of War », in Leon BRAMSON and George W. GOETHALS (eds.), *War: Studies from Psychology, Sociology, Anthropology*. New York, Basic Books. Pp. 245-268.

MARX, Karl and Friedrich ENGELS, 1959, *Manifest der Kommunistischen Partei*. (1st ed., 1848) in *Karl Marx, Friedrich Engels Werke*, vol. 4. Berlin, Dietz Verlag. Pp. 459-493.

MEGGITT, M. J., 1962, *Desert People. A Study of the Walbiri Aborigines of Central Australia*. Sydney, Angus and Robertson.

MONTESQUIEU, C. L. J. DE SECONDAT, Baron de la Brede et de, 1750, *De l'esprit des lois*, vols. 1, 11. Edinburg, G. Hamilton and J. Balfour.

MOORE, Stanley, 1960, « Marxian Theories of Law in Primitive Society », in Stanley DIAMOND (ed.), *Culture in History: Essays in Honor of Paul Radin*. New York, Columbia University Press. Pp. 642-662.

NADER, Laura, 1964, « An Analysis of Zapotec Law Cases », *Ethnology*, vol. 3, no. 4, pp. 404-419.

NADER, Laura and Duane METZGER, 1963, « Conflict Resolution in Two Mexican Communities », *American Anthropologist*, vol. 65, no. 3, part 1, pp. 584-592.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

NEILSON, W. A. et al, 1940, *Webster's New International Dictionary of the English Language*. (2nd ed.) Springfield, Mass., G. and C. Merriam Company.

OFFNER, Jerome A., 1983, *Law and Politics in Aztec Texoco*. Cambridge, Cambridge University Press.

PERSHITS, A. I., 1977, « The Primitive Norm and its Evolution », *Current Anthropology*, vol. 18, no. 3, pp. 409-413.

POSPISIL, Leopold, 1956, « The Nature of Law », *Transactions,of the New York Academy of Sciences* (Series II), vol. 18, no. 8, pp. 746-755.

—, 1957, « Nunamiut Eskimo », unpublished field notes.

—, 1958a, *Kapauku Papuans and Their Law*. (Yale University Publications in Anthropology No. 54) New Haven, Yale University Department of Anthropology.

—, 1958b, « Social Change and Primitive Law: Consequences of a Papuan Legal Case », *American Anthropologist*, vol. 60, no. 5, pp. 832-837.

—, 1958c, « Kapauku Papuan Political Structure », in Verne F. RAY (ed.), *Systems of Political Control and Bureaucracy in Human Societies*. Seattle, American Ethnological Society, pp. 9-22.

—, 1959, « Multiplicity of Legal Systems in Primitive Societies », *Bulletin of the Philadelphia Anthropological Society*, vol. 12, no. 3, pp. 1-4.

—, 1964, « Law and Societal Structure among the Nunamiut Eskimo », in Ward H. GOODENOUGH (ed.), *Explorations in Cultural Anthropology: Essays in Honor of George Peter Murdock*. New York, McGraw-Hill Book Company. Pp. 395-431.

—, 1967, « Legal Levels and Multiplicity of Legal Systems in Human Societies », *The Journal of Conflict Resolution*, vol. II, no. 1, pp. 2-26.

—, 1969, « Structural Change and Primitive Law: Consequences of a Papuan Legal Case », in *Law in Culture and Society*, Laura NADER (ed.). Chicago: Aldine Publishing Co., pp. 208-229.

—, 1971, *Anthropology of Law*. New York, Harper and Row.

POUND, Roscoe, 1942, *Social Control through Law*. New Haven, Yale University Press.

RADCLIFFE-BROWN, A. R., 1952, *Structure and Function in Primitive Society: Essays and Addresses*. New York, The Free Press.

RADIN, Max, 1938, « A Restatement of Hohfeld », *Harvard Law Review*, vol. 51, pp. 1141-1164.

ROWE, John Howland, 1946, « Inca Culture at the Time of the Spanish Conquest », in *Handbook of South American Indians*, vol. 2 (Smithsonian Institution, Bureau of American Ethnology Bulletin 143). Washington, D.C., U.S. Government Printing Office. Pp. 183-330.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RYCROFF, W. Stanley, 1946, *Indians of the High Andes*. New York, Committee on Cooperation in Latin America.

SCHAPERA, I., 1970, *Tribal Innovators: Tswana Chiefs and Social Change*. University of London, The Athlone Press.

SMITH, Watson, and John M. ROBERTS, 1954, *Zuni Law: A Field of Values*. (Papers of the Peabody Museum of American Archeology and Ethnology, Harvard University, vol. 43, no. 1) Cambridge, Mass., Peabody Museum.

SOMMER, Otakar, 1933, *Učebnie Soukromého Prava Římského*, vol. 1. *Obecné Nauky*. Prague, Nákladem Vlastním.

SPENCER, Robert F., 1959, *The North American Eskimo*. (Smithsonian Institution Bureau of American Ethnology Bulletin 171), Washington, D.C., U.S. Government Printing Office.

STEENHOVEN, Geert Van den, 1962, *Leadership and Law among the Eskimos of the Keewatin District, Northwest Territories*. The Hague, Uitgeverij Excelsior.

STONE, Julius, 1950, *The Province and Function of Law*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

VALK, Marc van der, 1939, « An Outline of Modern Chinese Family Law », *Monumenta Serica*, monog. II. Peking, Henri Vetch.

VELSEN, J. Van, 1969, « Procedural Informality, Reconciliation, and False Comparisons », in *Ideas and Procedures in African Customary Law*, Max GLUCKMAN (ed.). London, Oxford University Press for International African Institute, pp. 137-152.

VINOGRADOFF, Paul, 1922, *Outlines of Historical Jurisprudence*, vol. 2, Oxford, Oxford University Press.

WEBER, Max, 1967, *Law in Economy and Society*, ed. by Max RHEINSTEIN, tras. by Edward SHILS and Max RHEINSTEIN. New York, Simon and Schuster.

ZAKE, S. J. L., 1962, « Approaches to the Study of Legal Systems in Nonliterate Societies ». Unpublished doctoral dissertation, Northwestern University.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

WILBERT E. MOORE - JOYCE STERLING

THE COMPARISON OF LEGAL SYSTEMS: A CRITIQUE (*)

The systematic comparison of legal systems is not a highly developed art in scholarly literature. True, a fair number of books discuss the principal features of several legal systems within a single volume (for example, Derrett, 1968; Ehrmann, 1976; David and Brieley, 1978) but, as Sally Falk Moore (forthcoming) points out, these tend to pay major attention only to Roman or « code law » systems, the common-law systems, and socialist law, with perhaps some dutiful notes on Islamic law, Hindu law, and a residual category comprised of the regulatory systems of non-literate societies and commonly designated as having only « customary law ». She notes (p. 4), « The Euro-centered classification is not to be treated as analytically inspiring ... ». Indeed, many scholarly works designated in their titles, or classified by bibliographers and librarians, as « comparative », represent, rather, merely the display of diversity. Similarly, the description of the mandatory rules or modes of dispute resolution in cultures that are exotic to Western thought and experience — most notably the field studies of legal anthropologists — are comparative only if the reader is presumed not only to know his or her own legal system but also to be making somewhat orderly comparisons as the exposition proceeds.

There are some commendable works that do not merit these critical strictures, and these will be noted as our discussion pro-

(*) Gli autori si propongono di ritornare più ampiamente sullo stesso argomento nel volume *The Rationalization of Law*, Academic Press, New York.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ceeds in this essay. Our principal tasks here are two: exploration of the ways that legal systems may be usefully compared, and a review of attempts to generalize about their course or courses of change. The careful qualifier « usefully » requires comment. A « useful » mode of comparison ideally permits generalization or, at least, a simplifying classification that will reduce the detailed diversity of features that are in some meaningful sense « legal » in every recorded system of rules to abstracted generalities, applicable to the type or class, but not, in the same detail, to all types. Thus, the sociological law that all repeated patterns of human interaction will be governed by rules leaves unanswered a host of questions about the form and content of rules and modes of securing compliance. By contrast, the prediction that a legal system based on a written code will show a greater formal rationality (less inconsistency among the rules) than one based on a combination of legislative acts and judicial decisions, and much greater than one dependent on memory of the oral traditions, identifies commonalities within types and differences between them.

There is, however, a task prior to the two noted above. That is the forthright examination of the meaning of law and thereby of legal systems. Is law a universal feature of relatively autonomous human societies, even of those with relatively primitive productive technology and no written language? Or is law itself a sort of « evolutionary emergent » (Parsons, 1966), interdependent with a clearly differentiated political structure, including specialized enforcement agents? Clearly, answers to these questions depend on a uniform definition of law and thus of a « legal system ». The issue, however, turns out to go beyond mere conceptual semantics, for questions of empirical reality also are involved.

1. Is law universal?

There is a tradition in the sociology of law, a tradition of considerable age and respectability, that links law (and certainly a « legal system ») with a clearly identifiable polity: that is, differentiated positions and roles that carry authority for keeping

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

order and resolving disputes. Donald Black (1976, 2) forthrightly adopts this usage in his definition, « Law is governmental social control ». Yet Black (1976, 126-130) does not deny the existence of authority and dispute resolution as part of informal (« anarchic », strictly speaking) social control. Thus, the issue here appears almost purely conceptual. At least some « legal functions » are performed (normative compliance and dispute resolution) whether or not they are backed by state authority.

The Myth of Primitive Homogeneity.

The modern classic work of the French sociologist, Emile Durkheim, on the significance of increasing social differentiation (the « social division of labor ») within societies stands as a still-debated center-piece for the discussion of the existence, and nature, of « primitive law » (See Durkheim, 1960 [1893]). Durkheim posits — perhaps as a heuristic device — an undifferentiated primitive society, marked by consensually held beliefs, values, and rules of conduct. Such violations of the rules as occur — and some will — are « repressed » as a manifestation of the « collective conscience of the community ».

Durkheim, interestingly, does not deny the existence of law in such an undifferentiated society. Rather, he chooses to use the *type* of law as an index (or clearly identifiable consequence) of increasing differentiation. « Repressive » law — approximately the equivalent of criminal law — increasingly gives way to a predominance of « restitutive » law — approximately the equivalent of civil law in Anglo-American usage. The « collective conscience » is seriously attenuated by primary concern for accommodating highly diverse interests. (We shall note later that Durkheim seems clearly wrong in his assumption concerning the legal consequences of differentiation, as well as in his assumption of the absence of « private » disputes in « simple » societies, the issue now before us.).

As Sally Falk Moore (forthcoming) comments, « ... some neo-evolutionist and Marxist anthropologists say that primitives (living in that generic primitive community found only in theoretical writings) have no law ». « Marxist » and « neo-evolutio-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nist » are not mutually exclusive categories, as exemplified in worsk by A.S. Diamond (1951), Morton Fried (1967), and Elman R. Service (1975). Consistent with the writings of Karl Marx and Friedrich Engels, these authors hold that the state only emerges as a differentiated enforcement structure with the appearance of class stratification. But the followers go beyond the originators by stipulating that without the state there is no law. Engels (1964), at least, viewed law as virtually universal, but non-state, customary law was enforced, not by a « central authority », but by public opinion. (See also S. Moore, 1960; Pospisil, 1971, 153, 157). Leopold Pospisil, 1971, 44-49 and above: is sharply critical of ethnographers (e.g. Gusinde, 1937; Yang, 1945) and political scientists (e.g., Barkun, 1968) who assert that rules are enforced « by the group as a whole ». He finds, uniformly, evidence for recognized authorities — evidence usually internal to the guilty writers' own report. Since social inequality (beyond the bounds of family and kinship, where it is intrinsic to generational and birth-order differences) is universal in human societies (Davis and Moore, 1945; W. Moore, 1978), the utility of basing either law, non-law distinctions or evolutionary schemes on a primitive stage of homogeneity is highly dubious.

Does the universality of « law » really matter? A respectable number of respected comparative legal anthropologists seem to have answered « No », or at least, « Not much ». Many of these scholars are students or associates of Laura Nader. One of them, Cathie J. Witty (1980, 1) writes forthrightly:

> Legal ethnography has experienced a shift from the study of « law » and debates concerning whether law exists in societies without courts, to the more comprehensive and revealing inquiry into the interface between formal statutory law and alternative forms of dispute settlement. In moving from a discussion of what law is and where it exists to a comparison of the various processes people use to manage and resolve disputes, the social character of conflict management has emerged as a central focus of comparative inquiry.

Several interesting points emerge from this brief statement.

(1) The shift of focus recognizes the contemporary reality of formal statutory law (and agencies for adjudication and en-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forcement) everywhere. This implies abandoning the ethnographic attempt to reconstruct the pristine state of non-literate societies before colonial or other essentially extraneous intrusions. Yet that practical decision, in terms of field investigations, has the disadvantage precisely of inhibiting either the quest for « structural universals » in human societies for the regulation of human conduct or the attempt to discover — if indeed they exist — universals in the relatively « autonomous » change or development in such regulatory systems. Of course, not all « primitive » cultures, or parts of « traditional » orders, have been uniformly and equally affected by unquestionably modern legal systems. In the symposium of case studies assembled by Nader and Harry F. Todd, Jr. (1978), the editors' introduction (pp. 1-40) notes that the ten cases, by as many authors, have been arranged in the volume in an ascending order of involvement with « national legal systems ». Yet, though the sub-title of the volume is *Law in Ten Societies*, neither the editors nor other writers venture a formal definition of law, and the editors repeatedly refer casually to « customary law ».

(2) The burgeoning comparative literature on « conflict management » and « dispute resolution » bespeak a clear if implicit rejection of the idea of consensual homogeneity in interests (and perhaps values). Nader and Todd, in their introduction, (1978) do refer, unguardedly, to « homogeneous » or « relatively homogeneous » societies. Now, of course, various human aggregates may be scaled in terms of their degree of internal diversity and differentiation, such as occupational specialization or cultural diversity, but the existence of conflicts and disputes indicates that the « total homogeneity » end of the scale has no empirical referent. (Total heterogeneity, conversely, would presumably mean that the aggravate had no system properties at all. Durkheim's central problem in *The Division of Labor* (1960 [1893]) was precisaly that of the integration of increasingly heterogeneous societies).

(3) The existence of disputes and conflicts is contradictory to strict « functionalist » orthodoxy in anthropological and sociological theory. (See W. Moore, 1978). That is, the values and norms are revealed as not fully consensual, and interdependence

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

not always harmonious or interests balancing. (It is doubtful that anyone had adhered to such strict orthodoxy, except for its use as an ideal type or analytical model). However, the comparative studies of dispute resolution are consistent with another, and more tenable, part of the functionalist approach. (See Rheinstein 1968, 208; Ehrmann, 1976, 11-12). Given the universality of disputes (even in relatively undifferentiated societies) and given the importance of order and orderly interdependence for collective survival and the optimization of collective values, what structures (patterns of action) exist to resolve or at least palliate the « problems »? As we shall elaborate further in the following principal section of this essay, this permits comparative analysis, not necessarily of « legal systems », as such, but of a universal aspect of any normative order. Whether those patterns of action and the rules governing them are « legal » may turn purely on definition without significant hindrance to their analysis.

The Quest for Legal Universals.

Names for ideas or observable phenomena are inconsequential, as long as their meaning is clear. The quest for structural universal is human societies, or for general processes or patterns of structural change, is a proper task for (at least some) social scientists. The quest should not be abandoned if a uniform and reliable way of identifying the commonalities can be found.

Some ways of defining law achieve universality at the severe cost of encompassing too much and thus the loss of important distinctions in kind and degree. Thus Lon Fuller's (1964, 122-124) equation of law with the entire normative order, and Roberto Mangabeira Unger's (1976, 57) similar definition of law (but not his more restrictive criteria for a « legal order ») leave no way to distinguish among myriad rules of conduct.

Paul Bohannan, an anthropologist whose earlier anthnographic work (1957) represented a generalization-inhibiting cultural relativism, has more recently adopted a somewhat less constraining view of law and legal systems. In his encyclopedia article (1968) on these topics he chooses to use what he calls an

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« institutional » analysis. By « institution » Bohannan (1968, 74) means, following Bronislaw Malinowski (1945),

> a group of people who are united (and hence organized) for some purpose; who have the material and technical means of achieving that purpose or at least of making rational attempts at it; who support a value system, ethics, and beliefs validating that purpose; and who repeat more or less predictable activities and events in the carrying out of the purpose.

It should be noted at once that, although variants on this meaning for the term « institution » are not rare, it is not analytically useful. Anthropology and sociology are not lacking for an adequate vocabulary to refer to the many types of patterned interaction among persons and their « culture » of collective purpose, common beliefs, and norms relating to their modes of relationship and achievement of shared purposes. The term « institution » has more analytical utility if limited to normative complexes (folkways, customs, procedural rules, laws, etc.) relating to major social functions: for example, public order, property, marriage, exchange, education. Such institutions serve the dual function of regulating activities relevant to those functions, and, in so doing, of accommodating, them to the rest of the ambient society or lesser system.

This terminological difficulty is not trivial, for it has a bearing on Bohannan's conception of law. To distinguish law from custom, he views law as « reinstitutionalization » or double institutionalization (1968, 75). How this comes about, and the precise substantive or structural distinction of legal institutions, remain unclear. Bohannan (p. 74) writes:

> A legal institution is one by means of which the people of a society settle disputes that arise between one another and counteract any gross and flagrant abuses of the rules of the other institutions of society. Every ongoing society has legal institutions in this sense ...

However, matters become immediately murky by the author's recognition (pp. 74-75) that a political organization (which would meet his definitional criteria for an institution) may not exist

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in « less-developed *legal* systems » (emphasis added). There is a way out of this tangle, and that is the distinction between concrete structures — actual membership groups — and analytical structures — aspects of the patterned activity of individuals or social entities related to particular functions: here, rule enforcement and dispute resolution. (See Levy, 1952, 88-100). Even if functionally distinct concrete organizations (institutions, in Bohannan's sense) exist, they may not exhaust their apparent jurisdiction. Since questions of relative power are potentially relevant in all social relationships, a formally organized polity cannot monopolize its entire set of functions. Even a seemingly totalitarian regime is likely to fall short of complete pervasiveness. If societies without a structurally distinct polity or legal order, in the sense of formal codes and specialized agencies for adjudication and enforcement, treat disputes between organized groups, or malefactions of « public concern » by relying on certain individuals to play mediating or adjudicating roles, then an analytic « legal structure » exists.

Pospisil (1971, 39-95) adopts a different analytical approach to the identification of law. In order to study « authoritative social control » cross-culturally, he abstracts from his own and others' ethnographic « case studies » common features, which become the defining criteria of law. These defining criteria, he claims, exist universally. We shall discuss each briefly.

Authority. In every society, Pospisil (1971, 44-78 and above) asserts, definite persons or groups of persons are capable of making decisions that are followed, and do so. Whether that authority rests upon position in a kinship system, wealth, reputation for knowledge and/or justness and/or wisdom, or even perhaps holiness, such individuals effectively decide issues.

Intention of Universal Application. The claim here is that some (although not all) authoritative decisions are intended to state rules applicable to all like cases. Pospisil (1971, 78-81 and above) recognizes that many decisions by authorities are strictly *ad hoc*, taking account of all the particularities of the case, the participants and their prior (and probably continuing) relations. Third-party mediation is commonly of this character.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The evidence presented for general rule enunciation (reiteration of tradition or precedent or a newly articulated principle) is dubious. In any event, intention of decision-makers is consequential for behavior only if, in fact, several authorities use the same rule in like cases, either in different near-contemporary « hearings », or in precedent-bound later actions. Otherwise, the decision-makers are merely pretentious. No such evidence is cited, either from Pospisil's own ethnographic notes or from other authorities.

Obligatio. Pospisil here (1971, 81-87 and above) uses a Latin term for relationships marked by rights and duties in regular social relationships, the English « obligation » being assymmetrical. All societies certainly have well-established rules relating to such linkages, and no doubt at least occasional disputes over their fulfillment or precise applications. Pospisil notes (pp. 85-87) that many (perhaps most) societies also have rules governing religious duties or responsibilities toward the supernatural cosmos. An analytical distinction is of course easy, but the author comments (1971, 87), probably correctly, that religious law (unlike religious custom) « will never be left to the decision and punishment of the supernatural only... ». It may be noted that if one accepts Durkheim's thesis, in *The Elementary Forms of the Religious Life* (1967 [1912]), that the true object of religious worship is society itself, sacrilege becomes treason.

Sanction. Pospisil (1971, 87-95 and above) rejects the unique test of coercive enforcement as definitive of law, correctly observing that political powers may exact compliance with temporary, arbitrary, and ad hoc demands. The other attributes of law must also be present. Thus, the sanctions must be at the instruction of authoritative decision-makers though not necessarily executed by them. He, also correctly, observes that psychological and social penalties may be more effective than physical force or force-threat. His insistence on this point, however, may also have been prompted by some ethnographic field reports that claim an absence of physical punishment (beating, flogging, torture, death) in the studied culture. As with all ethnographic

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

field reports based on « facts » supplied by native informants, the reader should bear in mind that the missing practice or policy may be subject to such qualifiers as « in principle », « not usually », or « not lately ». Cases of intransigent behavior, whether from mental disorder or wellnourished grievances of the individual against the group, may not yield to social-psychological punishments such as shame or ostracism, or to any social sanction short of banishment as the social equivalent of death. Such cases may be rare or actually unknown in a particular culture, but the probability of a rare occurrence must be greater than zero everywhere, and it is incredible that extreme measures would not be used as a last resort.

Our analysis to this point leads to our defining law as rules relating to normatively correct conduct and the reciprocal rights and duties of participants in social interaction that will be reliably enforced on the decision of competent authorities, coercively if necessary. One might add the stipulation « on behalf of the collectivity », which seems appropriate, but entails difficulties. The principal difficulty may be phrased as the problem of the unit of analysis. Pospisil (1971, 97-126) recognizes that his definition of law will relate to systems more extensive than those clearly linked to concrete political organizations. Indeed, it was designed to fit societies (*or other social entities*) with no discrete political system. Pospisil is willing then to extend the application of law to sub-groups or levels within complex societies that have formal political systems. The tolerance, by design or necessity, of a multiplicity of authoritative normative codes within modern states is no novelty. (However, ultimate coercive sanctions are likely to be limited to banishment, the state claiming a monopoly on legitimate physical coercion). What, then, of those nonliterate cultures or societies described by anthropologists as segmental, where the principal basis of authority resides in kinship position? The only truly legal system conforming to the stipulated criteria may be within the kin groups. Relations between kin groups, in the absence of a council or consortium of authorities, may be a mixture of trade and exogamous marriage (both of which will require some sort of rules, disputes being resolved by negotiation or mediation), ad hoc agreements, and intermit-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tent war. It is scarcely surprising that the parallel with « international law » has struck some anthropologists. (For a review, see S. F. Moore, forthcoming).

The fact that our universal definition of law lacks such attributes of « developed » legal systems as « law-enacting processes » and « enforcement agencies » (Turner, 1980, 371) or general rules that are interpreted and enforced « autonomously » (Unger, 1976, 52-54) is an advantage, for it is the process of such developments that is one of our central concerns.

2. Ways of comparing legal systems.

The well-documented diversity of the world's cultures, historical and contemporary, might lead to the view that any attempt to compare their legal orders would be heroic to the point of foolhardiness. True, binary distinctions such as literate and non-literate, or the use or non-use of money in exchange, or the existence or non-existence of a structurally distinct legal system facilitate within-category comparisons. Many analytical comparisons cannot be made across these (and other) discontinuous distinctions, and the analyst's life is further complicated by the fact that no one of these dichotomies is so fundamental that it is predictive of the others. For example, a non-literate society may have invented money and also have developed a politico-legal system that provides both adjudicative structures and specialized enforcement agents.

A scale, running from simple to complex, offers in itself a *mode* of comparison, but must be used with considerable caution — non always heeded by social evolutionists — as societies with simple technologies for physical survival may have complex kinship structures (though they are unlikely to afford governors and judges). We shall, in fact, be urging the validity of a developmental scale, of which complexity is one index, in the final section of this essay. We shall not, however, propose a strictly uniform course, an absence of reversals or changes in direction, or an absolutely common « final » destination. There are limits to the tolerable imposition of abstracted uniformities on recalcitrant and perverse evidence.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

First, we must attend to analytical difficulties in making meaningful comparisons among legal orders of manifest diversity.

Extreme Relativism.

There are two somewhat related theoretical approaches in social-cultural anthropology that would impede or prevent any cross-cultural comparison of such analytically distinguishable aspects of societal operation as rule enforcement and dispute resolution. The more obviously relativistic approach is the one that insists that all aspects of culture and social structure must be viewed solely from the perspective, the epistemological framework, of the participants rather than that of the external observer. Consistently with this approach to other aspects of culture such as ethno-musicology etno-history or ethno-linguistics, we may call this view of the proper study of law « ethnojurisprudence ». (That may be a heavier burden than the poor creature can carry). The other, and somewhat, subtler, hindrance to comparison across systems derives from the « holistic » approach to a culture or social system, a view that emphasizes (and perhaps exaggerates) the close interdependence of various structures and functional aspects within a self-contained system. This view we may call « holistic functionalism ». Both views merit further comment.

Ethno-Jurisprudence. Perhaps to avoid a kind of patronizing cultural colonialism, and certainly (and properly) to avoid the severe hazards of Western ethnocentrism that would prevent perception of the integrity of exotic cultures, some ethnographers have taken the extreme view that an unfamiliar culture can *only* be understood in its own terms. The hazards of ethnicentrism are real enough. The possibly apocryphal report of the missionary about his prospective clients, « Customs barbarous, religion none », could only have meant that native practices did not correspond to his own ethical precepts and that the people were not professing Christians. Yet the avoidance of ethnocentrism does not necessarily entail abandonment of any attempt at objective observation or analysis in terms of « Western » epistemological categories. Thus Pospisil (1971, 15-16), in criticizing Bohannan's (1957) attempt at interpreting law among the Tiv purely

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

as a « folk system », observes that Bohannan « imposes » a distinction between « civil » and « criminal » cases, a distinction that doubtfully exists in native conceptualization. Pospisil (p. 15) agrees with Bohannan that a good *ethnographer* will present the folk system, but adds « very emphatically that a good *ethnologist* should also work from an analytical system ». Though the analytic concepts that are intrinsic to objective science are not cultural universals (perhaps especially in those places where they have been developed), this scarcely seems an adequate provocation for their abandonment. It remains true, of course, that whether a particular society has made such distinctions as that between civil and criminal, either conceptually or procedurally, may be a relevant fact in the identification, classification, or scaling of a legal order. But the analyst remains in charge of the evidence, not the native informant.

Holistic Functionalism. Durkheim's (1938 [1895], 101-110) famous admonition, that social facts are to be explained by other social facts, originally meant as an avoidance of psychological reductionism, became a central tenet of functionalism with its emphasis on the close interdependence of all aspects of social behavior. (See W. Moore, 1978). Thus a way that a rule is enforced, or disputes resolved through negotiation or adjudication, is to be interpreted (explained) by reference to kinship structures, forms of property, kinds of economic production, and perhaps even the religious cosmology of the culture under examination. Adamant adherence to the admonition not to « rip the practice out of its context » would be as inhibiting of cross-cultural comparison as is the insistence on « folk » perceptions. It is noteworthy that no such functional purity prevented Durkheim's student Marcel Mauss (1954 [1925]) from analyzing gifts as a form of exchange in « archaic » societies, or another student, Arnold van Gennep (1960 [1908]), from a cross-societal study of *rites de passage*. Perhaps the strain between the embeddedness of disputes in the ambient culture and the analytical attention to forms of dispute resolution can be seen in the ten case studies on *The Disputing Process* assembled by Nader and Todd (1978). Individual authors of the cases differ markedly in their emphasis

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

on particularities or on generalized (abstracted processes. The latter do not appear to suffer acutely from loss of moorings.

Approximation to Fully Legal Systems.

For those respectable scholars who are made uneasy about discussions of law in the absence of a structurally distinct state, complete with adjudicative mechanisms and enforcement agencies (for example, Black, 1976; Turner, 1980), it my still be possible to deal with those societies beyond the pale in terms of approximation to full legality. Black does this in a sense by making law (state control) and informal, « anarchic » social control complementary, with the more of the former meaning the less of the latter, and conversely. Far from positing an inevitable increase of law at the expense of informal control, he goes so far as to suggest (pp. 131-137) a possible future diminution of the relative importance of law in complex societies. Using comparative ethnographic material here and there, where a semblance of « state » control is reported, Black finds the amount of law positively related to the degree of stratification (pp. 11-36), the amount of culture (things to be known or believed) (pp. 61-83), and the extensity of organisation (pp. 85-103). Black's materials are theoretical and descriptive rather than quantitative, but he offers reasoned hypotheses, some of which seem to be indicators of a simplicity-complexity scale.

Such a scale is forthrightly offered by Richard D. Schwartz and James Miller (1964). Using descriptive materials from 51 societies, the authors note the presence or absence of three legal attributes: non-kin mediation, police, and specialized legal counsel. Contrary to Durkheim's (1960) expectation that « repressive » law would be characteristic of relatively undifferentiated societies, Schwartz and Miller find that 38 of the societies have mediation processes, only half that number, 19, have police (designated enforcement agents) and only 7 provide for representation by counsel. Of the 12 societies without even mediation procedures, only one (the Crow Indians) had a more « advanced » attribute, police. On this evidence, the authors not only suggest the fundamental error of Durkheim's theory of evolution from repressive

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(criminal) to restitutive (civil) law, but also offer a different evolutionary scheme: from no formal legal attributes to mediation, enforcement, and specialized counsel — in that order.

The article of Schwartz and Miller was criticized by Upendra Baxi (1974), particularly on the grounds that by using the existence of police as the sole indicator of « repressive » law, the authors had built a societal complexity (or division of labor) criterion into norm enforcement. Thus, the refutation of Durkheim's thesis was inevitable, but arbitrary and « by definition ». Schwartz (1974), in reply, conceded the criticism and added a less tainted indicator, the imposition of punishment. This increased the societies having manifestations of « repressive » law from 19 to 25, all but one of which also had mediation; an additional 11 societies had mediation as their sole « legal » attribute. Thus, with only two relatively minor exceptions, Schwartz presents a revised cumulative scale of « legality ». That is, for these societies, given the presence of the « minimum » legal indicator — mediation — each of the additional indicators presumes the one or more « earlier » in the series. Thus, legal counsel, highest on the scale, presupposes police, punishment, and mediation, in descending scale value. (In both the joint article [1964] and the later [1974] revision of the argument, Schwartz argues explicitly that this is an evolutionary scheme, a point to which we shall return later in this essay). Prior to the publication of the Baxi criticism and the reply by Schwartz, with elaborated scale, Howard Wimberley (1973) had made a similar addition, or at least one that clearly overlaps the use of « punishment »: courts, with binding decision power. Wimberley argues that courts without recourse to police may adjudicate offenses or disputes between persons of different kin groups by resort to essentially magical determinations. Those comprise oaths and ordeals, including « autonomic » ordeals such as scalding or blistering. Wimberley's brief essay does not address the question of what supra-kin entity such courts represent, or how judges are selected. (Given delays in publications, Baxi and Schwartz may not have had Wimberley's article available when their manuscripts were completed).

Further to the question of comparison of legal orders in terms of relative complexity most of the societies for which Schwartz

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and Miller (1964) analyze the presence and complexity of legal orders also are included in a sample of societies scaled by degree of complexity by Linton C. Freeman and Robert F., Winch (1957). Indeed, this compilation was the source for Schwartz's (1974) information on punishment for his revised scale. The significant point is that there is a very clear positive relation between legal complexity and other measures of complexity, such as occupational specialization. (Schwartz, 1974, 661-666).

A laborious but intellectually significant enterprise would be the comparison of various moderately « complex » or at least clearly differentiated legal orders, historical and contemporary, to see if any predictable ordering of attributes or characteristics were evident. Thus, for example, is it possible that there is evidence for a sequence such as an organized polity, written legal codes or precedent-setting decisions, and a « professional » (specially trained and occupationally distinct) bar and/or bench?

Universal Problems.

Another approach to comparing legal systems may avoid implicit or explicit questions of dynamics: that is, sequential — evolutionary or developmental — ordering. That approach would be to identify theoretically probable problems of the human condition in more or less interdependent and thus orderly social systems. The research and analytical tasks then become identifying the various modes by which these problems are resolved or contained. The conventional wisdom from Western legal systems would indicate an initial distinction between criminal and civil law or public morality and private rights and duties. (Constitutional law may clearly be neglected, as it depends not only on a formally organized polity but also on a state that recognizes limits on the power of rulers. Administrative law may also be neglected, as that is dependent on a rationalized bureaucratif structure for implementing political mandates). A short list oc probably universal, or nearly universal, issues may then be suggested under each rubric. Under criminal law one would list crime against the person (from insult to murder). One would also list misappropriation of property. (Property is best defined as the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« normative definition of rights in scarce values ». W. Moore, 1943, 34-35). No even approximately orderly society could dispense with such rules, for scarcities are universal.

We next come to crime against society (a term we use to avoid reference to a structurally distinct state). This would include everything from disorderly conduct beyond whatever tolerance limits locally prevail, conduct indiscriminately hazardous to peace and safety, and such supremely dangerous behavior as revolt and « treason » (providing information and « aid and comfort » to the enemy).

A tangle of superficially conceptual but basically factual questions threaten this succinct summary. Let us postpone, momentarily, the conceptual problem (which, however, turns on evidence) and attend here only to our ignorance. Because of the apparently assiduous avoidance by comparative legal anthropologists of what may be called « comparative criminology » in favor of comparative modes of dispute settlement, we know remarkably little about the commonality of coercively sanctioned rules relating to the public, as distinct from essentially private — for example, kin-bases — interests. Though we can be certain that the problems of interpersonal attacks, misuse of scarce values, and disloyalty are universal, we are not at all well-informed on how these theoretically significant issues are handled. Crucially, we do not know the universality of a supra-kin identity (a society) in behavioral terms, that will command sufficient respect such that rules relating to this larger public interest will be backed by ultimate sanctions.

The question is not whether wrongs are universally recognized and sanctioned. Rather, the dual question is whether the wrongs are recognized as against the common or societal interest or merely that of a kin group, and thus whether the imposed sanctions are on behalf of an encompassing group or merely serve to compensate and mollify a particular group. Max Weber (1968 [1922] Vol. II, 647-652), indulging a rather speculative view of « primitive law », asserts the complete lack of distinction between crimes and torts, which appears to be probably true, and a « complete unconcern with a notion of guilt » (p. 647), which appears highly improbable. Though not precisely in this context, Weber (1968

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

[1922] Vol. I, 34, 316-317; Vol. II, 651-652) links the notion of a legal order with a « coercive apparatus ». Philip Selznick (1968, 51) views that linkage as improperly restrictive.

> The key word in the discussion of law is *authority*, not coercion. The fundamental problems of jurisprudence stem from the puzzles and ambiguities associated with identifying the sources of authoritative rules, the authoritative application of rules, and the nature of authoritative change in existing rules.

Selznick (pp. 51-52) links the concept of legality with the existence of an authoritative order. The entities known as cultures to anthropologists and as societies to sociologists — self-subsistent, supra-kin interdependent social systems — may not exist by the evidentiary test of a common body of public law. Thus criminal law, far from being the primal state of relatively undifferentiated human aggregates, may not even be a cultural universal. (*Pace*, Durkheim, and with a deep bow to Schwartz and Miller. See also S. F. Moore, 1978: 85-91). What is at stake here is, in technical terms, the « unit of analysis ». But this turns out to be more than an arbitrary conceptual or methodological problem. Note that we are not denying the universality of mandatory normative orders. What turns out to be crucial is the source of ultimate authority, the collectivity that is thus preserved. And on that issue the ethnographic evidence is missing or ambiguous.

The murk is not notably clarified by the evidence on resolution of disputes. Here our short list of « civil law » may be short indeed. Universally we may expect rules relating to reciprocal rights and obligations. The functions or relationships will always include the acquisition (by exchange, gift, inheritance) and use of property rights, the exchange of goods (and possibly services), and marital and other kin relations. If agreements are made for future transactions, some form of « contract law » must exist. If some forms of productive labor such as hunting parties and building construction involve participation on the basis of ability rather than kinship membership or position, then rules relating to allocation of tasks and distribution of benefits are necessary: « labor law ». Stanley H. Udy, Jr. (1970) demonstrates that such

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quasi-bureaucratic work organization is far more common in tribal societies than the assumed predominance of kin position in task assignment would lead us to believe.

Given the generality or universality of these possible occasions for « private » disputes, we may readily agree with P. H. Gulliver (1979) that both disputes and modes of dispute resolution are universal. Here the agreement among experts ends. Pospisil (1971, 44-81) asserts the universality of authoritative judgment on the basis of general rules intended to apply to all like cases. We have already expressed doubts about the latter claim, and for the former Pospisil avoids the issue of a legal authority exercised on behalf of an encompassing collectivity: law exists wherever « maximal authority » is exercised, even if that is confined to a kin group. Gulliver (1979, 2) refers to both negotiation — the least complex of all modes of dispute settlement — and adjudication as being « virtually universal ». We should recall that Schwartz and Miller (1964) did not find even mediation in 12 of their 51 cases. Gulliver (1979, 3-34) distinguishes between negotiation and mediation (use of a third party to help determine facts and reach a compromise), on the one hand, and arbitration and adjudication (virtually indistinguishable) on the other. This author points out that it would be convenient if a legalistic distinction could be made, such as the reliance in adjudication on clearly articulated norms or attention solely to acts and not the character and relationships of the disputants, but the behavior of actual courts will not sustain the distinction. The crucial difference, Gulliver argues, is that in both negotiation and mediation, the outcome rests with the joint decision-making of the disputants. In adjudication (and arbitration) the power of decision rests with the « judge » or « court ». We are still left uncertain, and thus uneasy, on two points: (1) the universality of binding third-party decision in societies without a formally organized polity, and (2) the social entity — kin group, village, or « society » — the authority and collective interest of which warrants judicial decision.

Gulliver's main concern is to develop and apply a « processual model of negotiation » (pp. 81-207), a sort of « micro-dynamics » of this mode of dispute resolution, and that is a signifi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cant contribution to comparative analysis. Legal anthropology has made at least one other related theoretical contribution to comparative legal development. Max Gluckman (1967) analyzes the character of the relations between disputants as determining the form of dispute resolution that will be adopted. As formalized by Nader and Todd (1978, 12-13), the theory is that if the disputants have « multiplex » (functionally diffuse) or continuing relations, disputes will lead to compromise through negotiation or mediation. If the disputants have a « simplex » (functionally specific) relationship they will resort to win-or- lose adjudication. Black (1976, 40-48), citing Gluckman and others, converts multiplex and simplex into « relational distance » and argues that the relationship between relational distance and law (here, state-backed decisions, that is, formal adjidication) is curvilinear. Put differently, the propensity to litigate will increase with relational distance, but if the distance is great enough, dispute-producing encounters are unlikely. The point is perhaps worth recording with respect to contemporary « aggregates of strangers», but is tangential to predicting modes of dispute settlement.

We have used the conventional distinction between criminal (or public) law and civil (or private) law as ways of comparing solutions to « universal problems ». There is a clear analytical or functional distinction between the enforcement of mandatory norms of claimed general value and the definition of private rights and duties and the resolution of disputes arising from breaches or differing interpretations. The difficulty is that the distinction may not be evident in behavioral terms. By what « operational » tests can one detect the difference between the « public interest » and « private interests »? (This is not a surreptitious reintroduction of « folk law » or « ethno-jurisprudence » to take account of the perceptions of the natives. The issue turns on the nature of observable practices). If murder or theft are met only with « blood money » or restitution (perhaps with additional compensation), what public value is being asserted beyond the maintenance of order? In terms of American legal distinctions, malefactions would be treated as torts, not as crimes.

We reach this tentative conclusion with some diffidence, owing to lack of both analytical clarity, and adequate evidence in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the comparative ethnographic literature. A dutiful re-reading of Henry Sumner Maine's *Ancient Law* (1963 [1861]) recalls that this early social evolutionist suggests (p. 352) that the distinction between torts and crimes depended on the emergence of written legal codes. That, we should add, certainly bespeaks an organized polity. Pospisil (1971, 149-150) forgives Maine's blameless ignorance of the extensive ethnographic information that has accumulated in the time — well over a century — since Maine wrote, but does not directly refute the point at issue. The accumulated ethnographic evidence is of little help on that particular portion of Maine's speculative history. In Pospisil's (1971) own descriptions of procedures scattered through his volume, particularly those relating to « delicts », the judgments clearly reflect restitution rather than punishment on behalf of a larger collectivity, or remain ambiguous through the author's failure to attend to the issue. At one point (p. 188) he does, however, assert that « ... there are no tribal societies in which there is no law on the subgroup level, or no attempt to establish it, or at least to approximate its effects of pacification, on the level of the society as a whole ». But, of course, this still might be addressed to inter-kin dispute resolution, not mandatory moral rules.

It seems highly probable that acts of flagrant disloyalty or treason, as we earlier noted with respect to outrageous and persistent misbehavior, would be met by some form of public response. However, the occasions or opportunities for such behavior may be few, and actual cases rare or unknown. Almost no examples are presented in the ethnographic literature.

Of course the distinction between criminal and civil law, even in American practice, is easily exaggerated. The clearest differences are in modes of judicial administration, not in case outcomes. Restitution often figures either in Plea Bargaining of criminal offenses or in discretionary sentencing of those found guilty. Public service may be a substitute for fines and imprisonment. Criminal action for some degree of homicide may be paralleled by a civil action seeking damages for « wrongful death » on behalf of the deceased's dependents. Punitive or « exemplary » damages awarded in civil settlements inform the defendant that

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

he must compensate the plaintiff for actual damages and also that he must pay an additional penalty for being naughty.

We are left, then, with no substantial doubts about the universality of at least a limited set of social problems. But we are left in serious doubt about the possibility of broad generalizations about patterned reactions to those problems across the total range of recorded human experience. Our doubt, note, is limited to classificatory, structural terms, for we argue that all legal orders are at least potentially subject to a common process of rationalization. At least with respect to the enforcement of the norms that reflect Durkheim's (1960 [1893]) « collective conscience » of the community, there may be no generally effective mechanism for articulating the general rules and for their patterned enforcement on behalf of the collectivity in the absence of an organized polity. Black's (1976, 2) restrictive definition of the law as « governmental social control », so distressing to comparative anthropologists, may have merit, at least with respect to « public law ». Curiously, anthropologists interested in « political evolution » seem to have no interest in the state as the maker, interpreter, and enforcer of rules relating to the public interest and « private » (though often collective) disputes. In the ten essays comprising the symposium on *Origins of the State* edited by Ronald Cohen and Elman R. Service (1978), we have found but one glancing comment on law, and « law » does not appear in the volume's index. The one comment (see Cohen, 1978b, 145) relates to pre-modern chieftancies (the Magumi and rival clans in what is now northeastern Nigeria). Cohen's comment is: « Islam provided a foreknowledge of more complex governmental forms of law and the relations and rights of rulers and their subjects; once it was needed such Islamic tradition could be applied and developed in this African setting ». Law here figures as an available « external » resource, and Cohen's interest is solely in political authority. This gives us no help in our quest for criminal and civil law.

All of this concern for « stateless » societies and the universality of law without regard to time and place may be thought to be excessively academic. This unfriendly thought may be further reinforced by the additional circumstances that our case studies

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of national legal systems of considerable diversity and our comparative time-series of « legal indicators » in six countries are entirely limited to extant national states, and that no « culture » now remains outside at least the nominal jurisdiction of a formally constituted polity. We are, however, interested in exploring the possibility that legal change — even « development » — may take place in partial autonomy from other functionally — if not structurally — distinct aspects of social systems. Our examination of norm-enforcement and dispute resolution in stateless (Black's « anarchic ») societies has yielded the dual lesson that we should not exaggerate their homogeneity and absence of structural specialization, but that the existence of a formal polity is likely to have crucial significance for at least some aspects of any legal order, in more than a definitional sense. Moreover, with a formal state, structural and not merely functional comparisons become possible: law making, law enforcing, judicial organization, professional training and practice. These figure prominently in the conventional comparisons of legal systems, but we have deferred addressing them in the interest of attending to more sweeping and dynamic processes.

Our discussion in this section has been a necessary foundation, and a cautionary one at that, for examination of evolutionary theories of law in the concluding section of this article, and for our own developmental model that amends, but does not totally reject, the evolutionary formula.

3. Comparative Dynamics.

The central problem of the larger study of which this essay is a part is to analyze the patterned changes in legal systems, and to test the theory that rationalization will account for those changes. The proximate sources may be intrinsic to the legal order or extrinsic from the ambient society, if such distinctions can be sensibly made. We have argued that a legal order may always be identified, at least analytically: the patterns of activities and relationships oriented to mandatory enforcement of norms and the resolution or containment of disputes. It remains uncertain whether, in the absence of clear structural differentiation of « the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

law », it is useful to insist on the partial « autonomy » of the legal order.

By attending to the large scale (societies and their legal systems) and, at least initially, to the long term, we intend no derogation of less ambitious (and thus possibily more precise) « micro-dynamics ». Gulliver's (1979) model of the process of negotiation has already been mentioned. Recent studies of the processing of criminal cases (for example, Feeley, 1979) and of « plea bargaing » in criminal justice administration (for example, Heumann, 1978) provide further examples. Pospisil (1971, 193-232) enalyzes « the growth and decay of actual laws » (p. 193), a phrase he attributes to Paul Vinagradoff (1922). From his own ethnographic work and that of several others Pospisil views the « field of law » as interacting (throug a « zone of transition » (p. 195) with the « field of politics » and the « field of custom ». The law, he argues, may be fed new rules from either of these sources. Though Pospisil expresses mistrust of theories of the large scale and long term, his microdynamic analysis clearly has significance for those grander, if more hazardous, concerns.

Evolutionary Theories.

When attention is focused on universal processes of long-term change, evolutionary models or metaphors are difficult to resist. Although Robert Nisbet (1968) is persuasive in his argument that notions of social evolution long antedated Charles Darwin's *On the Origin of Species* (1964 [1859]), Darwin's influence was predominant thereafter. The basic ideas of variability and selective adaptation (or natural selection) were linked to increasing complexity as providing superior capacity in environmental adaptation. The temptation was too strong to resist: the world's cultures and societies, the diversity of which was becoming increasingly known in the nineteenth century, could be ranked on an evolutionary scale in terms of complexity.

All sorts of questions were neglected in this simple formulation:

First, were all the world's distinct social units to be viewed in a common struggle for existence, the superiority of the more complex units demonstrated by their capacity to conquer or

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

otherwise subordinate the simpler ones? How, then, does one account for their prior survival, often of unknown duration, in their diverse simplicity? The simple-to-complex formula is a gross distortion of biological evolution. The fossil record of life on earth amply supports the simplicity of early life forms, but it does not support either the idea that complex forms invariably survive — many have not — or that simple forms are invariably doomed — many have not been. There are of course other explanations for diversity — notably, wide ranges in environment or habitat — but they ill fit the simplistic « increasing complexity ».

Second, what is the « unit of analysis »? In biology, the survival unit is the species; in social evolution it is presumably the society or culture. Genetic variability provides opportunity for natural selection of those genetic traits that improve the environmental adaptation and thus the survival chance of the species. The equivalent of the genetic diversity of constituent organisms in societies or cultures is rarely, if ever, articulated by social evolutionists. Let us, however, suppose that they chiefly comprise deviance and « chance » innovations in beliefs, norms, practices, and practical knowledge and skills. Those that enhance the adaptive capacity of the social aggregate will be « naturally » selected. So goes the argument, but if this is the mechanism of directional change, how do we account for the fact that many of the encompassing units become extinct? Short-term adaptive selection does not assure long-term survival. It is an embarrassing point both in biological theory and in the attempts to apply that theory to social change.

Third — and at last closer to problems of generalizing about legal change — how does one deal with the plain truth that most of human behavior is calculatingly deliberate and governed by socially determined rules of conduct (and of thought and belief) and not by genetically transmitted instincts? Despite valiant but vain attempts by « sociobiologists » to find a genetic basis for patterned human behavior — particularly the forms that are common or universal across social systems — the evolutionary emergence of the human central nervous system forever altered the course of human history. (On sociobiology, see, for example, Wilson, 1974; Barash, 1977. Wilson obviously embar-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rassed by human intelligence, manages at times to avoid displaying it). The development of symbolic communication and the transmittal of « culture » through learning rather than through genetic transmission permitted the « inheritance of acquired characteristics », genetically impossible. It also permitted calculating and innovative behavior, the articulation and alteration of rules for relationships, the invention of individual and collective values and beliefs.

The theme of increasing complexity runs through the various works on « legal evolution ». Probably the earliest post-Darwinian scholar to use the evolutionary model (or, rather, metaphor) was Maine (1963 [1861]), previously noted. As Maine's purpose was to account for the origins of modern European legal systems « from the beginning » we may safely neglect detailed consideration of his various evolutionary states. However, some points are worth noting. His linking of criminal law to the appearance of written codes, we have suggested, infers the existence of an organized polity. We believe the latter to be the critical development, for, with or without written rules, a political system can articulate and enforce rules relating to the supra-kinship « public » interest. Whether those rules (and their relation to collective values) reflect a consensus of the constituents — an orthodox functionalist perspective — or merely reflect the interests of the rulers — a « conflict theory » perspective — is irrelevant to the important outcomes that mechanisms exist for resolving disputes between « sub-units » of a genuine society, and that such a society has rules relating to public concerns.

Maine's speculative theories about the early, undocumented history of law included some other ideas worthy of note. Writing, certainly, from a non-Marxist perspective, Maine suggests that « law » was first extended beyond kinship units by factitious extension of kinship. When, by territorial expansion, this fiction could no longer be sustained, law came to be administered by a « juristic oligarchy », resting its authority on the exclusive knowledge of the true rules. With written codes, this monopoly of a mystery was undermined, and strictly political rule prevailed.

Maine's ideas concerning the source of change in legal systems was refreshingly free of the mindless « adeptive selection » duti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fully espoused by later social evolutionists. He suggests legal fictions (preserving the rule in appearance and modifying it in fact), equity (introducing moral principles when the strict rule would not serve morality or « justice » in particular cases), and legislation. In context, it is doubtful that Maine intended to apply even the first two of these « from the beginning », that is, before law emerged as a concretely distinguishable component of society. And, in later writing (Maine, 1883), he expressed serious reservation about a uniform and orderly sequence of evolutionary stages.

The Marxist view of social evolution, particularly as articulated by Engels (1964 [1884]) was explicitly based on the unilineal stage theory of Lewis Henry Morgan (1964[1877]). As is well known, Engels posits an initial state of « primitive communism », an extremely doubtful assumption if near-contemporary « primitive » societies with rudimentary productive technology and lacking written language, money, or an organized polity are taken as surrogates for our prehistoric forebears. (Or our actual early ancestors we know no more than a scattering of fossil skeletons and archaeological remnants of « culture » can tell us, and that is not much with respect to modes of maintaining order and resolving disputes). More interesting was Engels' linking of political organization with the appearance of private property. The « state », and its instrumentality the law, then became the protector of privilege. As we have earlier observed, scarcities are intrinsic to the human condition, and rules for their allocation are essential to maintain a semblance of order, to avoid Thomas Hobbes's (1946 [1651]) « war of all against all ». The function of law in protection of privilege cannot be dismissed. Black (1976, 11-36), from a non-Marxist perspective, links the amount of law (rather than informal social control) to the degree of social stratification. However, there is no tenable reason for limiting privilege to particular forms of property. In socialist states, the abolition of private ownership of the « means and instruments of production » has been accompanied and followed by extreme extensions of state control by a party oligarchy and hierarchical administration.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Whatever the internal distribution of property rights, especially in land, identification of a human aggregate with a more or less clearly demarcated territory — universal where settled agriculture has been invented, and not unknown among hunters and gatherers — will certainly require a political-military structure to defend or enhance the claimed area if competing and possibly hostile aggregates exist on the borders. The use of the territory may be, at least in principle, « communal » within those borders. The American Indian of the Great Plains provide quintessential examples.

In our selective review of social evolutionists, we turn next to Leonard Trelawny (L. T.) Hobhouse, whose interest in legal evolution was not central to his wideranging concern for social and « philosophical » issues. Here, especially, we shall depend on Pospisil's (1971, 179-187) scholarly consolidation of relevant ideas somewhat scattered in Hobhouse's estensive writings. Among those publications, the richest sources are his *Morals in Evolution*, Part I (1908) and his collaborative work with G. C. Wheeler and M. Ginsberg, *The Material Culture and Social Institutions of the Simpler Peoples* (1930). The latter is a remarkable taxonomic compendium of ethnographic materials, with theoretical interpretations by the authors.

Though Hobhouse does suggest « stages » of legal evolution, he departed from the unilineal, inevitable sequence of all peoples everywhere, and put no credit in changes in productive technology as the sole, or perhaps even the primary, agency of evolutionary development. Rather, and we believe correctly, he accords primary credit to the human capacity for using cumulative knowledge in both physical (environmental) and social problem-solving. The actual course of change in any particular society will be affected by environmental, biological, psychological, and sociological conditions. Deliberate innovation, Hobhouse thought, was rare among « simpler » peoples, and legal accumulation is likely to be slow and mainly a kind of codification of custom. He also suggested that once formally distinct law was established, its further evolution was not solely dependent on other ambient changes, for example in technology. Again, we defer and applaud.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Two other ideas that we have found to be recurrent among legal evolutionists appear in Hobhouse's scheme. One is that of primitive peace and homogeneity, which we now take as fully discredited. It is a convenient, though not observable, starting point for sequences that run from simple to complex. The other idea appears in a form that clearly manifests a Western bias, of which Pospisil (p. 186) is correctly critical. Hobhouse (with Wheeler and Ginsberg 1930, 14) argues that a truly public law ascendant over kin groups appears with « Kingly Power ». The type of « state » is unduly restrictive, but we have insisted that the evidentiary issue is important in more than a merely semantic sense, and it is one that Pospisil in his commendable quest for legal universals fails to perceive.

The final fully developed cultural stage theory linked to legal evolution to which we shall attend is that of E. Adamson Hoebel. (See, especially, Hoebel, 1954). Hoebel circumspectly refers to his scheme as the « trend of law », and rejects any strict lineal evolution. He does, however, have a rank ordering of cultures, using comparative ethnographic materials. That rank order is, conventionally, based primarily on the sophistication of the technology of production. Thus, the first stage of primitive societies in which clear-cut criminal law is apparent is among « gardening peoples ». Here the argument is that increased food supplies permit larger communities and a partial loss of informal controls. This, incidentally, is his last « primitive » stage. With urbanization, government becomes essential and law the mode of mandatory rule enforcement.

Schwartz and Miller (1964) and Schwartz (1974) in his elaboration of their comparative scheme are directly concerned only with legal indicators: mediation, punishment, police, counsel. The 12 societies with « none of the above » are characterized as small, non-literate, and with no monetary system. Of the 11 societies also included in the Freeman and Winch (1957) complexity scale, 9 had a scale value of zero. As the Freeman and Winch ordering of their (cumulative) scale is money, punishment, full-time priests, full-time teachers, full-time officials, and writing, it is, refreshingly, not based directly on the modes of economic production. Thus, though Schwartz and Miller suggest that their comparative

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

material « reflects a temporal pattern of evolution », (Schwartz, 1974, 664) which is correlated with increasing complexity, we do not know by what process, with what propulsion or engine, increasing complexity occurs.

It is again noteworthy that « punishment », defined loosly as penal sanctions imposed in an organized way on behalf of the whole society, depends on a high complexity scale-value; 23 of the 51 societies record no punishment, so defined. This is consistent with our repeated doubts that criminal law, strictly speaking, exists in the absence of a society-wide political structure.

Talcott Parsons's (1966) « evolutionary perspective » is more acceptable than older evolutionary theories. True to the standard orientation, Parsons's criterion for evolutionary change is superior adaptive capacity. He escapes the simplistic faults of more conventional approaches by recognizing (a) failures, (b) « stalled » development in environmental « niches » (illustrated by contemporary or nearcontemporary « primitive » societies), and (c) individual and collective purpose in the form of a hierarchy of « cybernetic » controls. Thus, he recognizes the formalization of social controls as an evolutionary emergent that enhances a society's adaptive capacity. This very partial adoption of evolutionary concepts and principles appears more a metaphorical usage than an application and extension of an established theory. Of critical importance is the shift of the mechanism of directional change from mindless natural selection to deliberate, goal-directed directionality. And we remain skeptical concerning the remaining presumption of unilinear directionality, for human purpose adds still another variable promoting diversity rather than uniformity.

Jonathan Turner's (1980) formal analysis of « legal system evolution » forecloses any discussion of law « from the beginning » by his restrictive definition of a legal system, earlier noted. In any event, his approach is evolutionary only in the sense that he posits increasing societal complexity, without specifying why that is likely to occur. His primary concern is the interaction between legal complexity and other structural features of societies in their increasing complexity. Actually, the legal system is mainly viewed as reactive to « outside » processes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The developmental scheme offered by Philippe Nonet and Philip Selznick (1978) is less reactive or dependent than Turner's. Like Turner's approach, that of Nonet and Selznick is evolutionary only if sequential development and evolution are (metaphorically) made an equation. These authors offer a three-stage developmental scheme: (1) repressive law; (2) autnomous law, which, by relying on formal and general rules, permits some discretionary room for individual and private behavior; and (3) responsive law, in which law is made a principal instrument of social problem-solving. Since Nonet and Selznick have a frankly normative or purposive approach to legal reform, it is not completely clear whether we are to understand that highly developed legal systems will predictively enter the responsive stage, or will do so only if their advocacy (and of course that of others) succeeds.

We have given a generally courteous, if critical, hearing to legal evolutionists and it is time to summarize our restrained objections. Our primary objection is crucial. To be at all consistent with biological evolutionary theory, social evolution (and therefore legal evolution) must rest upon wide variability in social forms, and a *mindless* selection of those that enhance the survival of the social aggregate. Aside from being insulting to human intelligence, it is contrary to all extant, and even inferential, evidence of the human condition. Rational problem-solving, including innovative techniques, is a universal human potential and propensity. The differences in efficacy are mainly to be accounted for by the wide differences in the cumulative store of useful knowledge. Some additional credit for differences, however, must be accorded to the further, and universally practiced, capacity for inventing beliefs and sanctifying mysteries that may well place restraints on extending instrumental rationality beyond conventional limits. Some belief systems are more inhibiting than others. We have no way of knowing how many correct and useful ideas have been struck down because of their impiety, not to mention their inconvenience to the authorities. It probably does little harm to call the human capacity for deliberate, future-oriented, calculating conduct itself an evolutionary emergent, but it is clear what is gained by the metaphor.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The notion of increasing complexity is a useful and valid one, as long it is not thought to be universal and inevitable, without regard for time or place. (We have noted that comparable qualifiers also apply in biological evolution, though not always displayed in glib formulations). Complexity, we have argued, is the joint product of size and useful knowledge. Particular additions in social affairs may arise from conquest or other sources of ethnic diversity, from deliberate and essentially symbolic proliferation of meaningless tasks of subordinates to show authoritative grandeur, from desire to mystify the laity in professional practices.

There is a further cautionary comment to be made with respect to increasing complexity. Within any even moderately bounded system, increasing internal differentiation presents the critical problem of coordination. In social systems, the administrative costs of coordination (including dispute-resolution and assertion of the collective interest) may outweigh the benefits of specialization and tolerance of diversity. One way of interpreting both « revolutionary » and « reactionary » social movements is that they constitute quests for simplification.

Development and Dialectics.

One of the possible objections to evolutionary theories of law that we have not made is the pragmatic one of irrelevance to the contemporary world. It is true that the isolated, self-sufficient societies that have been the units in social evolutionary theory no longer exist. All have been caught up, in varying degrees and with remarkable differences in the success of articulated goals of « development », in a disorderly world system. Yet it is at least fair intellectual game to try to discover highly general patterns in the wondrously diverse histories of human societies. More pragmatically, the world systems and a great many of the societal units within it remain disorderly. Relatively autonomous changes will certainly continue to occur where some degree of isolation, and tolerance or indifference of nominally encompassing units, permit. « Sovereign » national states set high value on their autonomous capacity to set their own goals and future.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(See Bell and Mau, 1971). That is, incidentally, one major reason why we should not expect, in any foreseeable future, any singular world system of law. Within national states, « sub-cultures » and other sub-systems are likely to persist, or perhaps proliferate in new forms with increased functional differentiation.

The principal reason for avoiding the use of the metaphor of evolution is that the idea carries too much intellectual baggage, some of which is onerous even in biological theory, and most of which is simply inappropriate to the understanding and prediction of social change. Selective adaptation or adaptive selection is not an adequate explanation for change that rests on deliberate (rational) action in attempting solutions to perceived problems. Nor should we neglect the universal gap between actual behavior and conditions and ideal ones. The articulation of values and ideal goals, and orientation to consciously held beliefs are, we believe, uniquely human.

Our « developmental » model for legal change, we argue, is superior to an evolutionary model because its driving force is the use of instrumental rationality, and that fits the observed reality of human behavior. It fits the biological capacity (and propensity) for calculated, goal-oriented behavior, and the « developmental » accumulative growth in useful knowledge. It also permits rapid, even discontinuous, change, for it need not depend solely on accidental innovations, or on trial-and- accidental successe among many alternative courses of action.

The variable degrees of manifestation of instrumental rationality are determined not solely by the effective supply and reliable retrieval of accumulated knowledge. Differences also are influenced by the relative prominence attached to achievement of this-worldly individual and collective goals, and especially on the desanctification of mysteries and of the rationale for everyday rules of conduct. The rapid increase of structural rationalization of most areas of human conduct (with some well-known costs), which has now spread to virtually all cultures and societies at least among « modernizing elites », is mainly a modern phenomenon, but one should remember the Greeks. In Western civilisation, one can approximately date the quest for a rational social order with the « Enlightment » or the « Age of Reason » -

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

say the Seventeenth Century. The « Scientific Revolution », primarily concerned with the physical world, was about a century earlier.

Certainly the most distinctive feature of « modernization » in this broad sense was the *institutionalization* of rationality. That is, there is a normative expectation that all conditions — physical, biological, and social — are to be viewed objectively. If the observed conditions, objectively viewed, are considered to be objectionable or less than can be, perhaps imaginatively, attained, conditions are to be viewed as problems and instrumental solutions sought. Thus, the institutionalization of rationality means, in effect, the institutionalization of change. It is this twin rationalization — not rational calculation or change — that sets « modern » societies apart from « traditional » ones. And even that dichotomous distinction is as marred as virtually all others. Ancient civilizations and empires developed a structured rationality in some areas — notably military action and tax collection, and sometimes in civil administration. Thus, our binary classification, like most, is really a matter of degree, or scope. The scope of rationalization is, in principale, virtually unlimited in some contemporary societies. And thereby hang dangers.

As Moore (1979, 1-2) has previously noted, the ultimate goals of human conduct are not subject to rational choice. Instrumental action, subject to rational criteria, is directed toward *given* ends. Thus, collective goals and distributive values set by a political system cannot be regarded as a sort of intrusive interference in legal orders. So far as legal actions are instrumental and not merely ritualistic, they are instrumental to politically determined, or authoritatively recognized, goals. One important consequence of this elementary truth is that the nearly universal quest for increased legal rationalization will not lead to uniformity in political systems, and certainly not in their ultimate claims to legitimacy as long as goals and values differ. And they do.

A second principal constraint that Moore has noted is the reality of human emotion and its social manifestation in various intimate human relations as well as in such more encompassing identities as ethnic groups or religious affiliations. This reality

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

helps explain the reluctance of most systems of law to intervene in relationships entirely within the family, and the hardy resistance to centralized political authorities and their ideally uniform legal rules by ethnic minorities.

Thus, developmental rationalization has intrinsic limits, and its steady pursuit will not lead to uniform legal systems.

There is further reality, difficult to accept for all of us who have been schooled in efficacy and moral virtue of instrumental problem-solving. Some social problems are intrinsically insoluble. Given our common faith in solutions, that does not keep us from trying. These insoluble problems provide alternative solutions that stand in what we may call « dialectical » relations. These solutions, or their proponents, are fated to compete, but neither solution is satisfactory. The ones that we shall attend to here for their relevance to law to do not exhaust the category of unsolved problems (see, for example, W. Moore, 1974, 69-70), and there are probably others that have escaped our perception.

Perhaps the dilemma most frequently noted by legal scholars is that of uniformity of rule as opposed to discretionary justice. John Henry Merryman (1969, 50-56) has noted this as a distinguishing feature of « civil » or code law systems, which embody the principle of adherence to rule, despite perceived « injustice » in the circumstances of particular cases, and common-law systems, which condone much greater discretionary justice, partly owing to the historical infusion of « equity » into the legal order. Nils Christie (1973) notes with respect to Norway that the attempt to treat crime as a curable disorder has encountered the apparent reality that no treatment is effective. The result is a substantial movement to reassert uniformity of rule application. Uniformity of rule not only serves to insure « certainty » in the law but also its « equal » application, which conforms to one aspect of justice, yet laws, made to apply to « type » cases, may not produce « justice » in unusual ones. Attempts to elaborate the rule so as to make a rule for certain exception adds complexity and perhaps reduces injustice, but does not remove it in others unforeseen by the rule-makers. The desirable certainty in the law may also result in undesirable rigidity in face of substantially changing needs and circumstances. Marc Galanter's (1966) stipulation

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

that a « modernized » legal system must provide for orderly amendment is, of course, a partial solution to the problem, but, also of course, may well be « too little too late » or even « too much, too soon ».

Another problem comes in various guises, and in each defies final solution. In a formally hierarchical administrative structure it appears as centralization versus decentralization. Centralization assures uniformity and firmness of authoritative control and also delays action while requests « go through channels » and assures decisions by « generalists » who cannot be fully informed on all particulars and may well be ignorant of the real meaning of the problem. Decentralization avoids these costs, has the advantage of training possible future authorities at higher levels of responsibility, and, through the policy implications of decisions made, may place at risk the integrity of the encompassing system. Again, some accretionary partial resolutions may occur, but oscillation in policies and procedures is the most probably dynamic of this and other dialectical situations.

Another version of centralization versus decentralization is that presented by governing multi-communal societies. (Multi-communal is used as a comprehensive term for multi-lingual, multi-ethnic, or multi-religious states). This is an endemic problem not only in ancient and modern imperial systems, but also in most contemporary national states. The hardy persistence of « traditional » affiliations and the beliefs and rules appropriate to them has produced a great many political and legal « solutions ». The harsh imposition of centralized uniformity has high administrative costs to be even partially effective and, in any event, is likely to impair the political claim to legitimacy in the « national » or « common » interest. Tolerance for « customary » law, for « home rule » and other concessions to diversity impairs uniformity and the implementation of national policy requiring extensive political mobilization. Political legitimacy is again at risk if the governing authorities are perceived as representing only a particular tribe or community, currently but not rightfully in ascendancy.

Still another version of this dilemma is intrinsic to all contemporary states: the balancing of common or public interests

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and private or special interests. At the « total society » extreme, private interests essentially have no legal or moral standing, but, on the evidence, do not quietly disappear. At the « limited » or « contractual » government extreme, common interest may be motivationally elicited only by credible threat of invasion. Charismatic executives, legislative « balancing » of interests, and, in the United States, the judicial supremacy of the Supreme Court represent accommodations or partial solutions to the conflict. Unger (1976, 262-265) perceptively suggested that the purely « instrumental » state may prove to be ungovernable. All Western parliamentary democracies exhibit oscillation between these two poles.

Still another variation of the same theme appears in the unexpected context of structural rationalization. That is the dialectic relationship between formal rationality (logical consistency, bureaucratic tidiness) and instrumental rationality. Formal rationality makes tasks easier for practitioners by eliminating most uncertainties and ambiguities. This emphasis on formal rationality may result in ineffectiveness in achieving the announced purpose of the whole complex machinery. Courts may fail to accomodate to diversity and change, and bureaucracies may fail to attend to serving the needs of clients for which the system was instituted.

These probably oscillating patterns of change, scarcely noted by social scientists, provide a culminating objection to evolutionary models, with their virtually unavoidable assumption of rectilinear change. The dilemmas comprise one of the structural limits to any trouble-free model of a « completely rationalized » legal system.

REFERENCES

BARASH, David P., 1977, *Sociobiology and Behavior*, New York, Elsevier - North Holland.

BARKUN, Michael, 1968, *Law Without Sanctions*, New Haven, Yale University Press.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BAXI, Upendra, 1974, « Comment-Durkheim and Legal Evolution: Some Problems of Disproof », *Law and Society Review* 8, 645-651.

BELL, Wendel, and MAU, James A., 1971, « Images of the Future: Theory and Research Strategies », Pages 6-44, in BELL and MAU (eds.) *The Sociology of the Future*, New York, Russel Sage Foundation.

BLACK, Donald, 1976, *The Behavior of Law*, New York, Academie Press.

BOHANNAN, Paul, 1957, *Justice and Judgment Among the Tiv*, London, Oxford University Press for the International African Institute.

—, 1968, « Law: Law and Legal Institutions », Vol. 9, Pages 73-78, in David L. SILLS (ed.) *International Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, MacMillan and Free Press.

CHRISTIE, Nils, 1973, « A Living Society is a Quarrelling Society », Pages 103-124, in Jacob S. ZIEGEL (ed.) *Law and Social Change*, Toronto, Osgoode Hall Law School, York University.

COHEN, Ronald, 1978, « State Foundation: A Controlled Comparison », Pages 141-160, in Ronald COHEN and Elman R. SERVICE (eds.) *Origins of the State: The Anthropology of Political Evolution*, Philadelphia, Institute for the Study of Human Issues.

COHEN, Ronald, and SERVICE, Alman R. (eds.), 1978, *Origins of the State: The Anthropology of Political Evolution*, Philadelphia, Institute for the Study of Human Issues.

DARWIN, Charles, 1964, *On the Origin of Species*, Cambridge, Harvard University Press (Facsimile of the first edition, 1859).

DAVID, Rene, and BRIELEY, J. E. C., 1978, *Major Legal Systems of the World*, London, Stevens (Second edition).

DAVIS, Kingsley, and MOORE, Wilbert E., 1945, « Some Principles of Stratification », *American Sociological Review* 10, 243-249.

DERRET, J. Duncan, 1968, *An Introduction to Legal Systems*, London, Sweet and Maxwell.

DIAMOND, A. S., 1951, *The Evolution of Law and Order*, London, Watts.

DURKHEIM, Emile, 1938, *The Rules of Sociological Method*, Glencoe, Ill., The Free Press (First French edition, 1895).

—, 1960, *The Division of Labor in Society*, Trans. by George Simpson, Glencoe, Ill., The Free Press (First French edition, 1893).

—, 1961, *The Elementary Forms of the Religious Life*, New York, Collier (First French edition, 1912).

EHRMANN, Henry W., 1976, *Comparative Legal Cultures*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall.

ENGELS, Friedrich, 1964, *The Origin of the Family, Private Property and the State*, New York, International Publishers (First German edition, 1884).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FEELEY, Malcom M. (ed.), 1979, *Law and Society Review* (Special Issue on Plea Bargaining), 13 (No. 2).

FREEMAN, Linton C., and WINCH, Robert F., 1957, « Societal Complexity: An Empirical Test of a Typology of Societies », *American Journal of Sociology* 62, 461-466.

FRIED, Morton, 1967, *The Evolution of Political Society*, New York, Random House.

FULLER, Lon, 1964, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press.

GALANTER, Marc, 1966, « The Modernization of Law », Pages 153-165, in Myron WIENER (ed.) *Modernization*, New York, Basic Books.

GENNEP, Arnold Van, 1960, *The Rites of Passage*, Chicago, University of Chicago Press (First French edition, 1908).

GLUCKMAN, Max, 1967, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester, Mancester University Press (First edition, 1955).

GULLIVER, P. H., 1979, *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective*, New York, Academie Press.

GUSINDE, Martin, 1937, *Die Feuerland Indianer*, Modling, Austria, Anthropos, 2 Vols.

HEUMANN, Milton, 1978, *Plea Bargaining. The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*, Chicago, University of Chicago Press.

HOEBEL, E. Adamson, 1954, *The Law of Primitive Man*, Cambridge, Harvard University Press.

LEVY, Marion J. Jr., 1952, *The Structure of Society*, Princeton, Princeton University Press.

MAINE, Henry Sumner, 1883, *Early Law and Custom*, New York, Holt, Rinehart and Winston.

—, *Ancient Law*, Boston, Beacon Press (First published, 1961).

MALINOWSKI, Bronislaw, 1945, *The Dynamics of Cultural Change: An Inquiry into Race Relations in Africa*, New Haven, Yale University Department of Anthropology.

MAUSS, Marcel, 1954, *The Gift: Forms and Functions of Exchange in Archaic Societies*, Glencoe, Ill., *The Free Press* (First French edition, 1925).

MERRYMAN, John Henry, 1969, *The Civil Law Tradition*, Stanford, California, Stanford University Press.

MOORE, Sally Falk, 1978, *Law as Process: An Anthropological Approach*, London, Routledge and Kegan Paul.

—, forthcoming « Legal Systems of the World: An Introductory Guide to Classification, Typological Interpretations, and Biographical Resources ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MOORE, Stanley, 1960, « Marxian Theories of Law in Primitive Society », Pages 642-662, in Stanley DIAMOND (ed.) *Culture in History: Essays in Honor of Paul Radin*, New York, Columbia University Press.

MOORE, Wilbert E., 1943, « The Emergence of New Property Conceptions in America », *Journal of Legal and Political Sociology* 1, 34-58.

—, 1974, *Social Change*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall (Second edition).

—, 1978, « Functionalism », Pages 321-361, in Tom BOTTOMORE and Robert NISBET (eds.) *A History of Sociological Analysis*, New York, Basic Books.

—, 1979, *World Modernization: The Limits of Convergence*, New York, Elsevier.

MORGAN, Lewis Henry, 1964, *Ancient Society*, Cambridge, Mass., Belknap Press (First published, 1977).

NADER, Laura, and TODD, Harry F., Jr. (eds.), 1978, *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, New York, Columbia University Press.

NISBET, Robert A., 1968, *Social Change and History: Aspects of the Western Theory of Development*, New York, Oxford University Press.

NONET, Phillippe, and SELZNICK, Philip, 1978, *Law and Society in Transition: Towards a Responsive Law*, New York, Harper Colophon Books, Harper & Row.

PARSONS, Talcott, 1966, *Societies: Evolutionary and Comparative Perspective*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall.

POSPISIL, Leopold, 1971, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row.

RHEINSTEIN, Max, 1968, « Legal Systems: Comparative Law and Legal Systems », Vol. 9, Pages 204-210, in David L. SILLS (ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, MacMillan and Free Press.

SCHWARTZ, Richard D., 1974, « Legal Evolution and the Durkheim Hypothesis: A Reply to Professor Baxi », *Law and Society Review* 8, 653-668.

SCHWARTZ, Richard, and MILLER, James, 1964, « Legal Evolution and Societal Complexity », *American Journal of Sociology* 70, 159-169.

SELZNICK, Philip, 1968, « Law: The Sociology of Law », Vol. 9, Pages 50-59, in David L. SILLS (ed.) *International Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, Macmillan and Free Press.

SERVICE, Elman R., 1975, *Origins of the State and Civilization*, New York, W. W. Norton.

TURNER, Jonathan, 1980, « Legal System Evolution: An Analytical Model », Pages 377-394, in W. M. EVAN (ed.), *The Sociology of Law*, New York, The Free Press.

UDY, Stanley H., Jr., 1970, *Work in Traditional and Modern Society*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

UNGER, Roberto Mangabeira, 1976, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press.

VINOGRADOFF, Paul, 1922, *Outlines of Historical Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press (Vol. 2).

WEBER, Max, 1968, *Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology*, New York, Bedminster, 3 Vol. (First German edition, 1922).

WILSON, Edward O., 1978, *On Human Nature*, Cambridge, Harvard University Press (Paper: New York, Bantam Books, 1979).

WIMBERLEY, Howard, 1973, « Legal Evolution: One Further Step », *American Journal of Sociology* 79, 78-83.

WITTY, Cathie J., 1980, *Mediation and Society: Conflict Management in Lebanon*, New York, Academic Press.

YANG, Martin C., 1945, *A Chinese Village: Taitou, Shantung Province*, New York, Columbia University Press.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ricerche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAUL H. STAHL

LA CONSANGUINITÉ FICTIVE.

Quelques exemples balkaniques.

L'une des notions fondamentales régissant la vie et la pensée des gens du passé est celle de sang; élément tiré de la biologie, il est évoqué avec insistance et force dans divers domaines de la vie. La manière dont il était considéré par le passé n'a rien à voir avec ce que nous savons aujourd'hui sur lui. En effet, l'idée de sang était accompagnée par des croyances et réglait des secteurs importants de la vie sociale. Pour les gens du passé le sang est rattaché à la vie et à l'âme, et ceci est vrai non seulement pour le folklore rattaché au paganisme, mais aussi pour la doctrine de l'Eglise. On assimile le sang avec l'âme et son importance biologique est accompagnée par le respect et la crainte suscitée par tout ce qui est en rapport avec l'âme. C'est le sang qui recèle les qualités de quelqu'un, le courage par exemple (Campbell, p. 44).

Les domaines de la vie sociale où la notion de sang intervient, sont nombreux; on peut citer la parenté, la religion, le sacrifice, l'alimentation, la vendetta, ou la propriété, aspects sur lesquels j'ai insisté dans des cours donnés par le passé. C'est la propriété qui retient ici mon attention, car son analyse permet d'observer la manière typique dont un élément biologique réel devient une fiction biologique et finit en un acte juridique. Perçu de cette manière, le sujet est par conséquent typique pour les relations qui rattachent si souvent l'anthropologie sociale et le droit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I.

« *Nous avons le même sang* ».

Avoir le même sang, signifie être relié à quelqu'un par la plus forte des formes de parenté, qui agit sur deux plans, matériel et spirituel; on suppose que les gens ayant le même sang, homogènes sur le plan biologique, le sont aussi sur le plan spirituel. Cette relation ne reçoit pas toujours une formulation explicite, car le savoir et les croyances des paysans et en général des gens du passé ont une forme diffuse, semblable aux manifestations de folklore et différente de la pensée scientifique. La communauté de sang est l'un des principaux éléments de cohésion des divers groupes sociaux; plus on remonte dans l'histoire et plus on a affaire à des sociétés pour lesquelles la consanguinité joue un rôle essentiel; c'est le cas par exemple des sociétés structurées en phratries et en tribus. Je ne saurai mieux exprimer cette réalité que le fait Stjefen Gjeçov (p. 65) dans son recueil de droit coutumier albanais: « La famiglia si compone delle persone di casa; più famiglie unite formano una fratellanza, più fratellanze una stirpe, più stirpi un ' fis ' /tribu/, più ' fis ' una Bandiera e tutte insieme avendo una stessa origine, *un medesimo sangue,* una stessa lingua e comuni usi e costumi, formano quella grande famiglia che si chiama Nazione ». L'unité par la consanguinité commence donc au niveau de la plus petite unité sociale et arrive au niveau de la nation! Si incroyable que cela paraisse, car contraire à la vérité, cette croyance concerne des peuples du passé tout entiers et survit dans la mentalité des peuples contemporains.

On a le même sang avec quelqu'un d'autre parcequ'on descend d'un ancêtre commun: la Bible ne dit-elle pas que tous les hommes descendent de Sem, Ham et Japhet? Et le sixième fils de Japhet, n'a-t-il pas donné naissance à tous les peuples slaves? (Miron Costin, p. 51, in Kogălniceanu, vol. I). Et les deux frères, Lech et Cech n'ont-ils pas donné naissance aux Polonais et aux Tchèques? L'histoire universelle de Miron Costin par exemple, comme d'ailleurs la description des premiers temps de l'humanité faite par la Bible, n'est qu'une longue généalogie, où on aborde l'origine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des divers peuples et leur histoire selon les principes d'organisation habituels pour la vie de ceux qui les ont écrites. Et cette généalogie passe par la consanguinité à travers les hommes.

C'est la raison pour laquelle on surveille attentivement le comportement des femmes; il faut être sûr que l'enfant qui naîtra dans un couple a réellement le sang de son père. Ceci va jusqu'au désir que les rapports sexuels d'un nouveau ménage se déroulent en présence du reste de la famille, situation favorisée par le fait que parents et enfants habitent souvent une seule pièce.

Les groupes sont apparentés par le sang à travers les hommes, les femmes ne comptent pas. Cette croyance est très répandue dans les sociétés de l'Europe du sud-est et on verra plus loin comment elle est appliquée dans les faits. Des exceptions existent, influencées par l'idée imposée à travers la religion orthodoxe, qui dit que le mari et sa femme forment un seul sang.

La consanguinité s'étend jusqu'à un degré plus ou moins lointain selon le type de société. Elle trouve deux expressions différentes selon qu'il s'agit de l'ancêtre commun ou selon qu'on doit fixer les degrés de la consanguinité qui empêchent les mariages. Par exemple, un village tout entier peut se considérer consanguin, mais les interdits pour le mariage concernent une petite partie du village car ils sont limités par les règles de l'Eglise. Mais, parmi les tribus balkaniques chrétiennes, ce sont les règles tribales qui dominent; dans ces cas, la consanguinité s'étend à l'infini et on n'épouse jamais quelqu'un de son lignage, si lointain que sera l'ancêtre commun des deux candidats au mariage. On connaît cette consanguinité par la mémorisation du passé de son lignage et par le fait que les deux candidats au mariage portent le même patronyme. - On garde en mémoire les noms des ancêtres parfois à travers plusieurs siècles; Mary Edith Durham (1909, pp. 86 sq.; 1931, p. 155) le constate également pour les Albanais et les Monténégrins et cite Nopcsa qui, en Albanie, avait trouvé des gens connaissant leur pedigree jusqu'au 14-ème siècle. Elle explique cette mémoire par la nécessité d'éviter l'inceste, en épousant par ignorance quelqu'un qui vous est apparenté. Il s'agit d'une mémoire orale, caractéristique pour des sociétés dont la culture est basée sur l'oralité (Kerewski-Halpern, 1977, pp. 141

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sq.). On garde en mémoire ses ancêtres mâles, les seuls qui comptent pour faire partie d'une tribu et pour avoir accès à la propriété.

Le sang et la terre.

La propriété des biens immobiliers, terres en premier lieu, est en rapport étroit avec la consanguinité. Ceci est vrai également pour les droits des groupes domestiques sur le terroir (les terres sorties de l'indivision originaire et cultivées régulièrement) comme pour leurs droits sur les communaux. L'observation de la manière dont se transmet la propriété chez les différents groupes balkaniques est édifiante (Stahl P. H., 1978 et 1979; Stahl, Guidetti, 1979); je la rappelle en quelques mots.

Chez les paysans roumains, par le passé, la terre est divisée par le père entre ses fils au moment du mariage (Stahl H. H., 1959). Tout mariage est accompagné par la construction d'une maison et par la dotation en terres du garçon. Le partage des terres s'effectue en tenant compte de la quantité et de la qualité, le principe de l'égalité entre les frères étant strictement respecté. Le langage populaire nomme « partage fraternel » un partage égalitaire qui ne défavorise personne. Le cadet seul reste avec ses parents et partage la maison paternelle. A leur tour, les fils partageront égalitairement les terres entre leurs fils.

La propriété héréditaire est inaliénable; celui que la reçoit ne peut pas la vendre, ne peut pas deshériter l'un de ses fils et ne peut pas non plus la diviser en parties inégales. On voit se dessiner ainsi une relation indissoluble entre la propriété et le groupe qui se considère consanguin. Si quelqu'un veut vendre les terres héréditaires il est obligé de le faire avec le consentement de tous ses fils. La propriété, comme dans la société antique décrite par Fustel de Coulanges n'est pas en rapport avec une personne, ni avec un génération, mais avec un lignage, qui traverse le temps et dépasse la vie d'une génération. Elle appartient aux vivants, comme elle avait appartenu aux morts du lignage et comme elle appartiendra à ceux qui ne sont pas encore nés. Dans les documents du passé la formule « je vends à un tel, à ses enfants et aux enfants de ses enfants » se retrouve souvent

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dans les actes, actes où le père signe ensemble avec ses fils. Les actes écrits concernent sourtout les princes et les seigneurs, les paysans ne redigeant pas d'actes écrits pour la transmission des propriétés; la naissance d'une nouvelle unité sociale est annoncée au village par la cérémonie de mariage. C'est alors que tous apprennent qu'une terre a été transmise et qui sont les nouveaux ayant-droit sur les communaux.

Une évolution nette se dessine en ce qui concerne les filles; à mesure qu'avance le 19-ème siècle la dotation des filles en terres s'impose et devient courante au 20-ème. C'est une évolution qui doit être mise en rapport avec le changement de l'organisation générale de la société, tant paysanne que citadine, et avec la perte des anciennes idées sur le sang et sur la terre.

Chez les Slaves du sud la transmission de la propriété immobilière n'est pas en rapport avec le mariage ou la mort, car elle ne se fait ni par dotation ni par héritage. Les Slaves du sud vivaient organisés en groupes domestiques nombreux, comprenant plusieurs couples mariés et sous la direction d'un chef. Le caractère inaliénable de la propriété est évident ici aussi; la propriété appartient aux hommes et ne peut pas être vendue par le chef, sauf s'il a l'accord de tous les membres mâles de son groupe. La propriété reçue des ancêtres doit être transmise telle quelle aux descendants, le lignage étant le vrai propriétaire des terres, lignage qui réunit les vivants, les morts et ceux qui naîtront à l'avenir. Les femmes ne possèdent pas des terres, leur dot ne comprend pas des terres. Il en est de même des droits sur les communaux qui se transmettent par les hommes, la femme usant pour un temps, jusqu'au mariage, des communaux de son père et après le mariage des communaux du mari, de même qu'elle est appelée au début « X, fille d'un tel » et finit comme « X, femme d'un tel ». Les droits des hommes sur la terre sont en rapport avec leur position dans le lignage; le principe égalitaire est présent, au niveau des fils d'un même père, mais il donne naissance par le jeu démographique à des inégalités. Ainsi, si deux frères se partagent une propriété, ils ont chacun la moitié de la propriété; et, si l'un des frères a un garçon et l'autre en a cinq, les enfants du dernier auront cinq fois moins de terres que l'enfant

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

du premier. Il y a donc un parallélisme parfait entre la propriété des terres et la place de chacun dans le lignage consanguin. Ce parallélisme disparaît lorsqu'il s'agit de diviser les produits; le partage devient ici égalitaire entre tous les membres du groupe domestique, homme et femmes, car « tous ils ont travaillé »; la seule différence qui apparaît est celle entre adultes et enfants, ces derniers recevant moins de produits que les premiers car leurs besoins sont moindres.

Les femmes commencent à recevoir des terres de plus en plus fréquemment à mesure qu'on approche le 20-ème siècle et que les anciennes traditions disparaissent. Cette disparition est favorisée par les lois d'inspiration étrangère qui, en Jougoslavie (comme d'ailleurs en Roumanie ou dans les autres états balkaniques) s'inspire des modèles occidentaux; en effet, à l'époque, la « vérité » et le modèle venaient de l'Occident et non pas comme aujourd'hui de l'Est.

Chez les Albanais on retrouve la situation décrite pour les Slaves du sud; des groupes domestiques nombreux vivent sous la conduite d'un chef. Chez eux aussi la transmission des terres et en général des droits sur la propriété du groupe se font par division du groupe et non pas par dotation ou héritage. Les principes suivis sont les mêmes; les hommes seuls reçoivent des terres et leur part est en rapport avec leur position dans la généalogie du groupe; le principe égalitaire est appliqué au niveau des fils d'un même père. Au niveau des générations suivantes les propriétés deviennent inégalitaires par le jeu démographique, le père qui a plus d'enfants étant obligé de partager sa propriété en parties plus petites. Les produits sont partagés égalitairement pour les mêmes raisons que plus haut. Il est intéressant de noter qu'il existe des droits sur des propriétés qui ne peuvent pas être divisées matériellement, mais en unités de temps. Ainsi, le droit d'utiliser l'eau pour l'irrigation, eau apportée par un même canal, ou celui de moudre dans le moulin du groupe; dans ces cas on ne peut pas couper en morceaux ni le canal ni le moulin, et on divise le temps d'utilisation en nombre de jours mis en rapport avec la place de chacun dans la généalogie, c'est-à-dire en rapport avec les hommes et la consanguinité.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'évolution des droits des femmes est évidente chez les Albanais, mais le rythme de cette évolution diffère profondément d'une région à l'autre. Ainsi, ce sont les Guègues du nord de l'Albanie, qui maintiennent le plus longtemps une organisation tribale et qui continuent à exclure les femmes de la propriété jusqu'au au milieu du 20-ème siècle. Par contre, les Albanais du sud de l'Albanie, ou ceux qui vivent en Grèce et en Italie, voient cette évolution se produire tôt.

Une situation identique aux autres régions balkaniques se retrouve dans la plupart des régions de la Grèce, sauf pour quelques îles de la Mer Egéenne. Dans cette dernière region on trouve un régime particulier, qui n'a de correspondant dans aucune autre partie de l'Europe et où les relations entre la propriété et la consanguinité sont différents (Mihailidou-Nouarou).

II.

La consanguinité fictive.

Si les principes véhiculés par les sociétés du passé sont ceux exposés plus haut, les entorses à leur application se multiplient à mesure qu'il s'agit d'unités sociales plus complexes. Le sort de la consanguinité, phénomène biologique, est semblable à celui du mariage; si un couple s'unit pour mettre au monde des enfants, cette union biologique est en même temps un phénomène social et les idées que les gens se font de lui donnent naissance à une infinité de formes de mariage. La consanguinité aussi, est non seulement une réalité biologique mais une idée sur cette réalité, idée qui joue un rôle essentiel et explique entr'autres les relations avec la propriété. Essayons d'abord de voir comment joue de manière concrète la consanguinité au niveau de la plus petite unité sociale.

Cette plus petite unité sociale, appelée de manière impropre famille, porte un nom spécial, « maisnie »; c'est le « household » des Anglais, la « gospodăria » des Roumains, la « nikokirata » des Grecs. En français ce n'est que dans les dictionnaires du français ancien qu'on trouve le mot (qui m'a été suggéré par Claude Lévi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Strauss). La maisnie comprend un groupe domestique solidaire, qui habite une maison, vit ensemble, travaille ensemble, a une propriété en commun, des croyances communes, forme un groupe essentiellement basé sur la consanguinité et en même temps constitue une unité spirituelle (Stahl P. H., 1979 A, pp. 235 sq.). A ce niveau, la consanguinité est le plus souvent présente, mais dès qu'on l'analyse de plus près on se rend compte qu'elle est régulièrement faussée par des exceptions. Essayons de distinguer les principales exceptions telles qu'elles se manifestent dans les sociétés traditionnelles de l'Europe du sud-est.

Les femmes.

La première exception, présente dans tous les groupes, est celles qui découle de la présence des femmes. En effet, le mariage entre proches parents consanguins est interdit par l'Eglise et par les coutumes. La plus proche consanguinité acceptée dans la région est celle du mariage avec la fille de l'oncle maternel, mariage caractéristique pour les sociétés musulmanes traditionnelles et qui constitue l'une des unions préférées dans les sociétés de l'Asie Mineure par exemple (Timur). Il est clair qu'en faisant venir à chaque génération une femme étrangère dans le groupe à travers le mariage, le sang des hommes n'est plus homogène et change d'une génération à l'autre. Le sang du fondateur masculin du groupe se réduit avec le temps à presque rien. Malgré cela, dans les sociétés tribales l'homogénéité par la consanguinité qui dérive d'un ancêtre commun va à l'infini. Il est donc évident qu'il ne s'agit pas d'une réalité biologique mais de l'idée qu'une société a sur un phénomène biologique.

Comment expliquer la différence entre hommes et femmes au point de vue de la transmission du sang et par conséquent au point de vue de la propriété? Le sang se transmet également par les hommes et par les femmes, mais ceci n'était pas vrai pour les gens du passé. La plupart des sociétés européennes traditionnelles admettent (pas toujours de manière explicite) que les vrais parents consanguins sont ceux du côté paternel. Il s'agit donc d'un choix délibéré dont les conséquences ne concernent pas seulement le système de propriété mais aussi d'autres secteurs

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la vie sociale, comme par exemple le si important secteur de la vie religieuse et des coutumes en général. On appartient au groupe paternel si on est un homme, et on ne change pas de groupe; les femmes changent au moins une fois dans leur vie en passant de la maison du père vers celle du mari, le mariage étant presque toujours virilocal dans le sociétés européennes. Et si on retient par coeur les noms des ancêtres masculins, on oublie vite ceux des ancêtres féminins ou ceux du lignage maternel.

Dans les sociétés paysannes la différence entre le sang de l'homme et celui de la femme ne trouve pas une explication et nous devons la déduire nous-mêmes; ce n'est pas le cas dans des sociétés tribales. Au Monténégro par exemple, les gens expliquent la différence entre les hommes et les femmes par le fait que les premiers, et donc les ancêtres masculins, forment le « sang gros » (épais) — « debela krv », tandis que les femmes forment le « sang mince » (peu épais, clair, maigre) — « tanka krv » (Simić, 1967, p. 88).

Les traditions orales albanaises sont encore plus explicites; « la discendenza da parte del padre si chiama ' l'albero del sangue ' (della consanguineità) » (Gjeçov, p. 196); « La discendenza per parte della madre si chiama ' l'albero del latte ' (dell'affinità) » (Gjeçov, p. 197). Par conséquent « la donna albanese non ha alcuna eredità dai suoi parenti né sulla casa, né sulle altre possessioni. Il Codice considera la donna come qualcosa di superfluo in una famiglia » (Gjeçov, p. 81). Et, conséquence de ce qui vient d'être dit, « La legge riconosce per erede il figlio e non la figlia », car l'« eredità spetta al discendente del cespite o del sangue, e non a quello di latte o delle figlie » (Gjeçov, p. 103).

Le couple sans enfants.

Un couple peut avoir des enfants des deux sexes, des enfants d'un seul sexe (filles seulement ou garçons seulement, la situation étant profondément différente selon qu'il s'agit de la première ou de la deuxièmé eventualité); enfin, le couple peut ne pas avoir des enfants du tout. Quelles sont les réactions des sociétés balkaniques devant ces situations?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lorsque dans un groupe domestique (basé sur un ou plusieurs couples mariés) il n'y a pas d'enfant, la solution généralement choisie est celle de l'adoption; on préfère les garçons, surtout ceux issus de proches parents consanguins. Cette solution n'est pas admise dans la société tribale de l'Albanie du nord où la relation entre la propriété et la consanguinité, telle qu'elle était entendue par le passé, est absolue. Si un couple n'a pas d'enfant et que le dernier descendent mâle d'une lignée s'éteint, « on démolit la cheminée de sa chambre; là où se trouvait le foyer on place un fagot d'épines, une fenêtre de la maison est mûrée, les arbres du jardin sont abattus, les fleurs arrachées » (Degrand, pp. 51-52). La propriété passe alors aux plus proches parents consanguins.

La fille sans frères (la fille épiclère).

Il y a des groupes domestiques où on trouve des filles, mais aucun garçon. Il est évident, après ce qui vient d'être dit dans le paragraphe précédent, que pour la société de l'Albanie du nord une telle situation signifie la disparition d'une maisnie. Mais avant qu'une pareille chose arrive on essaye de l'éviter par différents moyens, soit d'ordre magique, soit surtout en faisant appel à une deuxième femme pour remplacer la première qui est stérile; la même chose se passe dans les autres sociétés de caractère archaïque. Au Monténégro, la femme stérile ou celle qui ne met au monde que des filles peut être repudiée (Troyanovitch, 1909; Stahl P. H., 1981; Dordević, 1907; Krauss, 1885, chap. XIII). Dans la presqu'île de Mani, au sud du Péloponèse, la situation est la même: « Un homme qui a des fils mais pas des garçons est appelé sans héritiers, ' akliros ' » (Andromedas, p. 66). Lorsque lord Carnarvon visite cette région en 1839, il décrit le cas d'un homme qui, bien que marié, avait eu des filles seulement de sa femme et voulait en prendre une deuxième. Il avait obtenu l'accord de la première femme et la bénédiction d'un prêtre, sans divorcer de la première. Le muletier qui conduisait lord Carnarvon lui affirmait que les filles ne sont pas des enfants et justifiait l'arrivée de la deuxième femme en disant « que voulez-vous qu'un homme puisse avoir à faire avec une femme qui ne

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lui donne pas des fils »? (1869, pp. 198-199). Dans une seule des trois parties du Mani, l'évêque local signalait en 1864 (Andromedas, p. 67) la présence d'une trentaine de telles deuxièmes femmes, appelées « syngria ». Des situations semblables sont signalées ailleurs en Grèce également (Petropoulos, 1952).

On répudie donc la première femme pour en épouser une deuxième, ou on fait tout simplement venir une deuxième à côté de la première. Ces pratiques se retrouvent parmi les Albanais musulmans et même parmi ceux catholiques du nord de l'Albanie, où des cas d'hommes ayant même quatre femmes sont signalés (Coon, pp. 23 sq.).

Il faut préciser que ces situations s'expliquent en partie aussi par le fait que la stérilité masculine n'était pas connue par le passé. Les gens considéraient (et dans le monde paysan de l'Europe orientale on le considère encore) que, dès l'instant qu'un homme peut avoir des relations sexuelles avec sa femme, l'absence d'enfants est due exclusivement à la femme. Et même le sexe des enfants semble être l'oeuvre de la femme, puisqu'on la répudie si elle met au monde des filles seulement.

Si dans ces sociétés ayant des structures de caractère archaïque les solutions décrites plus haut sont courantes, la solution la plus répandue est une autre, solution vraie même pour le Monténégro et pour le Mani, mais pas pour l'Albanie du nord. Il s'agit de faire venir un homme dans la maison de la fille; de virilocal, le mariage devient uxorilocal. La fille, semblable à la fille épiclère de l'antiquité, devient l'unique héritière de son père.

Dans ce cas tout se passe comme si la fille a le rôle d'un homme; elle reste chez elle, elle transmet le patronyme de son père à ses enfants, elle hérite de toute la propriété et la transmet à ses propres fils. Son autorité est plus grande que celle qu'elle a lorsqu'elle s'installe dans la maison du mari; cette fois-ci, c'est l'autorité du mari qui est diminuée, surtout si son beau-père est vivant. Le rôle d'un tel mari est d'aider à la continuation de la vie du groupe domestique et de l'unité sociale toute entière de sa femme, car il perd sa place dans son groupe domestique d'origine. La situation est comme si la femme était un homme, et

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'homme une femme. Cette situation est tellement différente de celle « normale » pour les sociétés de l'Europe du sud-est, que le mariage (mariage « en gendre » pour le Français) reçoit un nom spécial. Chez les Roumains, il y a une différence si on parle du mariage d'une femme ou d'un homme; la femme se « mărită » et l'homme se « însoară ». Dans le cas du mariage en gendre l'homme se « mărită » et devient le « gendre d'une cour » (« ginerire pe curte », il « entre dans la fortune de sa femme »). On a noté dans un village roumain de la Transylvanie et dans les années trente, un total de 69 cas de tels mariages; dans 45 de cas les maris prennent le patronyme de leur épouse, en fait celui de la maisnie et du père de sa femme; dans huit cas ils gardent leur patronyme tout en adoptant aussi celui de leur femme, ayant ainsi deux patronymes, ce qui constitue une entorse à la règle; dans sept cas, la femme porte le patronyme du père, l'homme son propre patronyme, et les enfants du couple celui de la maisnie de leur mère, et donc des ancêtres masculins de leur mère; dix autres cas constituent des exceptions. Il est intéressant de constater que dans six cas il s'agit d'un homme qui épouse une femme mariée « normalement » et qui porte le nom du premier mari; son deuxième mari prend alors le patronyme du premier mari, car c'est la vie de la maisnie du mari défunt qui doit être continuée (Stahl H. H., 1959, II, p. 128).

Chez les Slaves du sud le nom donné habituellement à un tel mari est « domazet » (Demelić, pp. 63 et 126; Kulišić, 1959, pp. 117-120); il peut être aussi appelé « prezet » (Drljaća, Savković, 1973). Demelić présente ainsi cette situation pour la Serbie: « En Serbie, celui qui n'a que des filles marie l'aînée, et, s'il est trop vieux pour conduire lui-même sa maison, il prend chez lui son gendre comme domazet. Tout le bien appartient dès lors à cette fille; les autres n'ont droit qu'à leur entretien. La loi écrite des Serbes prescrit le partage égal entre les filles. Le peuple ne renonce pourtant pas à sa vieille coutume; et pour éluder la loi, les filles cadettes donnent leur part d'héritage au beau-frère et à sa femme » (p. 126; voir aussi Barjaktarović, 1976, p. 110). Le mari accepte pour lui et ses descendants l'ancien nom du groupe domestique (Demelić, pp. 32-33). Les choses se passent pour les Serbes et pour les autres Slaves du sud aussi comme

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chez les Roumains. Les rôles des deux sexes s'inversent, le mariage devient uxorilocal, le patronyme est celui de la maisnie et du lignage masculin de la femme, les enfants appartiennent à la maisnie de la femme, la fortune se transmet à travers la femme comme s'il s'agissait d'un garçon unique; le mari lui-même, mis dans une situation d'infériorité, porte dorénavant le patronyme du groupe de sa femme.

De pareilles situations se retrouvent au Monténégro et au Mani; dans cette dernière région un tel mari porte le nom de « soghambros ». Il est intéressant à ajouter que, toujours dans le Mani, le mariage est strictement exogame par rapport au lignage, dont les membres se reconnaissent par le fait qu'ils portent le même patronyme. Mais, dans ce cas précis, il est permis à l'un des hommes appartenant au même lignage que la fille, de l'épouser, transgressant la règle de l'exogamie lignagère. Pour mieux comprendre la situation, il faut savoir que la situation de l'habitat et des propriétés dans le Mani (tels que je les ai étudiés avec mes étudiants) met en évidence un groupement strict des hommes qui appartiennent au même lignage. L'installation d'un étranger dans un tel habitat homogène au point de vue social, étranger qui s'installe dans l'habitat et travaille les terres du lignage, apparaît comme inacceptable, car il s'agit d'une société en armes où la vendetta est courante et où tout est pensé afin d'éviter les situations dangereuses dans les cas de conflits.

Donc, dans des sociétés patrilinéaires, où le sang, le nom, la fortune, se transmettent par les hommes, on trouve la situation où, en absence d'un garçon, la fille reçoit cette charge. Et puis, le lignage continue de vivre comme si rien n'était changé, le caractère doublement fictif, biologique et juridique, étant évident. En effet, le sang, qui se transmet par les hommes, passe pour une génération à travers une femme; et la propriété, qui se rattache au sang et donc aux hommes, appartient désormais aux descendants mâles de la femme.

Dans cette situation où la femme apparaît au premier plan, comme aussi dans les cas où exceptionnellement une femme devient le chef d'un groupe domestique (par exemple à la suite

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la mort de son mari, ancien chef du groupe), quelques chercheurs ont voulu voir l'expression du matriarcat. Mais, comme il vient d'être dit, il s'agit de situations typiques de crise, où des raisons d'ordre biologique font qu'il n'y a pas d'homme dans le groupe; ou encore, des situations où la femme qui a aidé son mari à conduire le groupe et qui en plus peut être la mère des hommes du groupe, conduit pour quelque temps le groupe. Mais en fait les règles de la société ne changent pas, car dès la deuxième génération on revient à la normale. Il s'agit toujours d'une société typiquement patriarcale, dominée par les hommes; la femme change temporairement de statut pour remplacer dans une chaîne masculine un chaînon manquant. D'ailleurs, dans les cas du mariage en gendre on donne aux enfants du couple le nom du père de la mère, et non de la mère de la mère.

Il est absurde de supposer que de temps en temps, au gré du hasard biologique, une société devient subitement matriarcale pour une génération seulement, pour redevenir ensuite tout aussi absurdement à nouveau patriarcale. Il y a en Europe des sociétés où la femme a de manière stable un rôle comparable à celui d'un homme, ou les deux sexes sont à égalité, mais là encore il ne s'agit pas du tout de sociétés matriarcales. C'est le cas par exemple de la société pyrénéenne basque où fonctionne le droit d'aînesse absolu, le premier-né, garçon ou fille, devenant le chef de la maisnie et l'héritier unique du total de la propriété de ses parents. Mais ni la femme, ni l'homme, ne divisent pas cette propriété, ne lui changent pas la structure et ne sont que ses administrateurs obligés à suivre les règles qui leur viennent du passé (Cordier, 1859 et 1869). On peut citer aussi la société de quelques îles de la Mer Egéenne où le rôle des hommes et des femmes est égal dans la transmission du nom, de la propriété, et où l'élément sang semble s'estomper (Mihailid-Nouarou). Dans ces deux derniers cas la société n'est ni patriarcale, ni matriarcale, mais elle a un caractère particulier qui n'a pas été assez précisé par les chercheurs à ce point de vue. Il ne faut pas non plus oublier qu'en Europe c'est la maisnie qui a le rôle primordial vis-à-vis des individus, maisnie désignée aussi par le nom de « maison » (voir aussi Lévi-Strauss, 1984, pp. 189 sq.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le mari impuissant.

L'unique cas où l'absence d'enfants est imputée à l'homme, est celle où il est impuissant. Or, comme il faut à tout prix que les hommes soient mariés, on mariait jadis même des personnes dont la santé mentale ou physique est déficiente. Dans de pareils cas, la femme cherche un autre homme sans quitter le premier et même avec son consentement, car hommes et femmes sont également sensibles à la nécessité absolue d'avoir des enfants, et ceci pour de multiples raisons (Stahl P. H., 1981).

Son groupe domestique qui veut autant qu'elle avoir des héritiers, la pousse à faire ce pas; l'opinion publique qui l'apprend, ne la condamne pas mais l'approuve. Elle conçoit ainsi des enfants et elle sera blâmée seulement si, après avoir eu les enfants, elle continue à avoir des relations extraconjugales. Voici comment décrit Tihomir Dordević ces cas: « Si la femme, pour quelque raison que ce soit, ne peut pas se séparer de son mari incapable, elle reste dans sa maison, mais s'ingénue par tous les moyens possibles à obtenir des enfants; elle fait appel aux pratiques magiques et aux médications. Des cas de ce genre sont fréquents dans le peuple ... En Bosnie, quand il arrive que la femme d'un fils unique n'a pas d'enfants, pour que la famille ne s'éteigne pas, les parents choisissent un homme honorable et de bonne santé, et pressent leur bru de se donner à lui, ou bien ils lui laissent à elle-même le soin de choisir l'homme qu'elle veut ... Il semble cependant que ce soit aux hommes d'église que les femmes sans enfants se donnent le plus volontiers, à la connaissance de leurs maris et même de toute le famille et des amis ... Dans certains de nos monastères, à ce qu'on m'a affirmé, on amène les femmes infécondes pour qu'on leur lise les prières qui font concevoir. A cette occasion, il arrive que les femmes restent seules avec les moines, pour que les prières aient tout leur effet ... Il arrive en Bosnie qu'une famille (' obitelj ') ait tous ses membres chétifs et maladifs. Dans ces conditions, les parents pressent leur bru de se donner à quelque homme bien fait, de race solide et saine, pour concevoir des enfants robustes » (Dordević, 1924, pp. 106-107). Des exemples tout aussi intéressants sont donnés par Milenko Filipović (1958).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Les enfants qui naissent de pareils accouplements sont réputés être les enfants du mari impuissant, et pas de leur vrai père. Ils sont considérés consenguins, avec tout ce qu'une telle situation a comme conséquences sur la propriété. Encore une fois, fiction biologique et conséquences juridiques se rejoignent.

L'enfant du mari mort.

Ernesto Cozzi (1910, p. 674) dont les observations sur les Albanais faites au début du 20-ème siècle sont précieuses, cite une curieuse pratique: « Giova però notare che in queste montagne nella Diocesi di Pulati, avvi l'abuso, che rimanendo incinta una vedova dopo la morte del marito, fosse pure anche dopo due o tre anni, essa sfugge al disonore, solo dichiarando che essa fu incinta dal defunto, e pertanto il figlio nascituro rimane come legittimo alla famiglia dello sposo defunto. Quest'uso lo troviamo pure nella legge muslmana, la quale non ha voluto che i figli nati illegittimamente da vedove o divorziate fossero privi d'un padre, e dichiarò ch'essi appartenerebbero all'ultimo sposo. Questa supercheria fisiologica non è ammessa però che per quattro o cinque anni. Tale abuso che purtroppo serve solo di copertela all'immoralità, si denomina in queste montagne bar vrame ».

Cet abus sert en effet à couvrir une immoralité, mais l'interprétation qui me semble la plus vraie est qu'elle sert à donner un fils au défunt et éventuellement à éviter la disparition d'un lignage. Je suis tenté de rapprocher cette pratique de celle de l'antiquité, telle qu'elle est décrite par Fustel de Coulanges pour l'antiquité romaine par exemple, où la veuve s'unit à un proche parent du mari et oú l'enfant qui naît est considéré enfant du mari défunt (1943, p. 53). - On ne doit pas oublier non plus que par le passé la croyance dans la réalité des vampires était extrêmement répandue, et que les vampires circulaient parmi les vivants et avaient des besoins semblables aux leurs. La relation du jésuite François Richard sur l'île de Santorin comprend l'une des descriptions typiques à cet égard: « Ce qui cause à Sant-Erini beaucoup d'étonnement, fut la grande familiarité qu'un de ces vroukolakas /vampires/ montra à sa femme vivante. Il se nommait Alexandre, qui de son vivant demeuroit au château de Pirgo,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

et était cordonnier de son métier. Après sa mort il apparaissait à sa femme comme s'il eût été encore en vie; il venait travailler en sa maison, il racommodait les souliers de ses enfants, il allait puiser de l'eau à la citerne, et souvent on le voyait dans les vallons couper du bois pour l'entretien de sa famille ... » (1657, p. 212). Des relations de ce type sont nombreuses.

Pour revenir à l'objet de mon étude, l'enfant supposé du mari mort, sert aussi à régler une question juridique; il reçoit la propriété du père en même temps qu'il continue la vie du lignage considéré comme consanguin.

La fraternisation rituelle.

Les formes de parenté qu'on trouve en Europe sud-orientale sont nombreuses; à part celles reconnues par l'Eglise (le mariage, la consanguinité, le parrainage, l'adoption) il y a des formes de parenté païennes, ayant probablement précédé l'apparition du christianisme, mais aussi des formes de parenté qui incluent l'Eglise malgré elle dans ce processus. C'est le cas de la parenté par le nom de baptême — on porte le nom d'un même saint —, ou de la parenté qui découle du fait qu'on a été baptisé dans la même eau. La parenté des personnes nées le même jour de la semaine ou le même mois, la parenté pour avoir bu le même lait durant son enfance (reconnue par l'islamisme seulement), la parenté par adoption fictive au moment d'un enterrement, n'ont pas de relation avec l'Eglise. La liste peut être allongée (Ciszewski, 1897).

La fraternisation a une situation à part; largement connue et pratiquée en Europe (Tamassia, 1886; Tegnaeus, 1954), elle a été tantôt reconnue et tantôt combattue par l'Eglise. Ce qui intéresse ici est le fait que le rituel païen de la fraternisation (même s'il était accompagné par un rituel chrétien) comprend un moment où les deux participants font un échange de sang; on se fait une entaille (sur le bras d'habitude) et chacun des deux participants boit une goutte du sang de l'autre. Ou encore, on mêle une goutte du sang de chacun dans un verre rempli de vin rouge et on boit ensemble ce vin. De cette manière chacun reçoit une partie du sang de son frère de cérémonie; il faut ajouter à ce fait que par le passé on ne savait pas que le sang est rénouvelé

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en permanence. On supposait le contraire; on naît avec un sang qui vient d'en haut, donné par la divinité, et on meurt avec le même sang qui retourne vers la divinité. Donc, en introduisant dans son corps le sang du frère d'adoption on porte pour toujours ce sang, devenant par conséquent des vrais frères.

On doit conclure que les occasions où la consanguinité est transgressée sont nombreuses; mais, nécessaire pour le fonctionnement passé des sociétés, elle est invoquée régulièrement. Le caractère fictif de la consanguinité apparaît comme fréquent et touche tous les groupes, ne serait-ce que par le fait que les femmes apportent elles aussi leur sang.

III.

Dans ce qui suit sont cités des cas où la fiction biologique n'est pas utilisée seulement pour prolonger la vie biologique d'un groupe ou pour expliquer son homogénéité et sa solidarité, mais où on part directement de la nécessité de régler une question en relation avec la propriété. Dans ces cas, les participants savent dès le début que l'explication par la consanguinité est fictive, mais leur savoir ne connaît pas d'autres arguments pour régler certaines situations.

Fraternisation et propriété.

La consanguinité ouvre l'accès à la propriété; la fraternisation qui rend consanguins deux personnes, leur ouvre aussi la voie de la propriété. Ayant le même sang que le possesseur de certains droits, on a les mêmes droits que lui; dans le cas du groupe domestique des Slaves du sud, où la règle de la consanguinité est évoquée avec force, on est accepté si on devient le frère d'adoption de l'un de ses membres. On a en même temps accès aux droits du groupe sur les communaux.

Puisque par la fraternisation on a le même sang que quelqu'un d'autre et que par conséquent cela se répercute sur la propriété, les trois éléments de ce raisonnement étant reliés entr'eux, on

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

peut commencer aussi par le dernier, effectuant le trajet en sens inverse. Lorsqu'on désire mettre en commun avec quelqu'un une propriété, on fait appel à la fraternisation. Certes, entre les deux éventualités citées ici il n'y a pas toujours une distinction nette, mais parfois une nuance seulement.

En Roumanie, ce procédé a donné naissance à de multiples opérations en relation avec la propriété, où le nom seul de fraternisation subsiste, car la cérémonie elle-même peut disparaître, le but étant de lier deux parties entr'elles à travers le vocabulaire de la fraternité. Il s'agit d'une « fraternisation de croix et de propriété » (agricole); des paysans peuvent fraterniser entre eux, des seigneurs aussi; il y a aussi les cas où le seigneur fraternise avec le paysan. « Initialement, ce procédé juridique aboutit à l'association de deux patrimoines. Ultérieurement, on peut faire fraterniser des parties seulement d'une fortune; ou, encore plus clairement, onereux-contractuel, celui qui fraternise reçoit la fortune de son ' frère ' où une partie de cette fortune, en échange d'un ' cadeau ', mais qui est en fait le prix d'une vente. Il est évident que le but du paysan qui fraternise avec un seigneur, est d'éviter pour lui la confusion avec les actes à travers lesquels les paysans vendent leur personne en tant que serfs, avec toute leur propriété. En se réservant une petite partie de leur terres, si petite soit elle, en restant formellement en communauté avec le seigneur acheteur, le paysan obtient un revenu occasionnel, garde ses droits sur le patrimoine communautaire du village et consacre sa qualité de paysan non asservi » (Stahl H. H., 1959, p. 248; voir aussi Cronţ, 1969).

La fraternisation prend des formes diverses, parfois les plus inattendues. Je choisis quelques exemples tirés des documents juridiques publiés par Nicolae Iorga. Deux beaux-frères décident par écrit de posséder fraternellement une vigne, et ils le font en l'exploitant chacun à tour de rôle pour une année, contract qu'ils décident de transmettre aussi à leurs fils (p. 71). Parfois on fait une fraternisation réelle: « et même ils se sont faits frères, de leur bon gré, dans la sainte église » pour posséder ensemble une terre (p. 94). En un autre cas, ce sont deux petits groupes qui fraternisent et deviennent « frères », les deux neveux d'une dame constituant une partie et une autre personne avec ses fils la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deuxième partie (p. 98). Des seigneurs se partagent fraternellement les terres et les hommes d'un village (p. 99); deux autres personnes achètent fraternellement des terres (p. 100).

La distance avec l'acte rituel de la fraternisation est encore plus grande lorsque ce ne sont plus des individus isolés, et même pas des petits groupes, mais des institutions qui fraternisent: « L'humble hiéromonaque Antoine, l'hégoumène et tout le conseil du saint couvent de Bisericani et l'humble hiéromonaque Siméon et tout le Conseil du saint couvent sous la montagne de Ceahlău, nous témoignons et faisons savoir par cet acte écrit de notre part que nous nous sommes entendus de notre propre gré pour l'amour de Dieu, pour être entre nous comme des frères aimants, et pour l'amour de Dieu l'un avec l'autre, comme si nous étions tous du même couvent ... » (p. 96).

L'ancêtre des tribus albanaises.

Comme partout ailleurs dans des sociétés du même type, on garde en mémoire le nom d'un héros fondateur qui donne le nom à la tribu. Quelques légendes éponymes recueillies au 19-ème siècle ont été publiées par Hahn (1854, p. 183) et par Hecquard (1862, pp. 171 sq.). Le groupe des descendants porte le nom du fondateur au pluriel (Hecquard, 1862, p. 177). Certaines de ses légendes partent d'un ancêtre commun qui donne le nom à toute une tribu et continue avec ses descendants qui donnent à leur tour chacun son nom à une branche, une région, un village. Voici quelques passages de l'une des légendes recueillies par Hahn et traduites par Chopin (1856, pp. 131 sq.): un jeune pâtre nomme Clément, à l'origine de la tribu des Clementi, s'installe avec sa femme dans une région dont les terres, « comme siège du chef de la famille, n'ont jamais été partagées, et sont depuis ce temps la propriété commune des Clémenti. Clément eut de Bubéï /sa femme/ sept fils. Ceux-ci devinrent la tige de sept grandes familles, auxquelles on doit la fondation des bourgs de Selze, Wukli, Nikschi, Unthaï et Nartinovitch. C'est d'eux que sont sortis les Clémenti de Bukova dans le Dukadschin, et ceux de Lapo dans les montagnes de Kossowo. L'aîné des fils s'appelait Kola; c'est de lui que descendent les habitants du village de Selze. Il eut

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trois fils, Wui Kola, Mai Kola et Rabien Kola. Ces trois branches ont donné naissance à la population de l'endroit ... Wuco était le second. Celui-ci n'eut qu'un fils nommé Deda (Dominique) lequel en eut trois; Uhsaï Déda, Giz Deda, et Zek (Joseph), dont les familles ont formé le village de Wukli ... ». Et la légende continue ainsi, en situant toutes les localités et tous les groupes humains appartenant à cette tribu et en les faisant descendre de l'ancêtre unique à travers une lignée composée exclusivement d'hommes, chacun donnant son nom à ses descendants et à la localité qu'ils fonde.

L'origine commune de la tribu est régulièrement évoquée et les auteurs qui l'ont citée sont nombreux (par exemple Hahn, 1854; Gopćević, pp. 562 sq. et 569 sq.; Durham, 1910, p. 458; Garnet, 1917, p. 21; Bourcart, 1921, p. 205; Zojzi, 1977, p. 189). Comme pour les villages roumains ou pour les tribus des Slaves du sud, si l'origine commune comprend une part de vérité, elle comprend aussi une part fictive, d'autant plus importante qu'il s'agit d'un groupe plus nombreux. Malgré tout des hommes de science croient à leur entière vérité (Durham, 1928, p. 15; Zojzi, 1977, p. 190).

Il y a des tribus dont l'origine multiple est clairement connue; des tribus puissantes acceptent des groupes moins nombreux, faibles, et les considèrent dorénavant comme frères appliquant entre eux les règles qui découlent de la consanguinité. Le groupe plus petit considère l'ancêtre du groupe le plus important comme son propre ancêtre (Dojaka, 1979, p. 80; voir aussi Valentini, 1956, pp. 217-218). Cozzi (dans Valentini, 1956, p. 95) cite les cas où une tribu est formée par des groupes humains d'origine diverse: « Quelques-unes appartiennent aux habitants primitifs antiques qui occupaient une région ou une contrée, où arrive à dominer une autre tribu. Ainsi l'exemple de la tribu de Plani (Plandi) où la population locale de Boksi est plus ancienne selon la tradition, car elle représente les autochtones de la région ». Le texte continue en citant les cas où des petits groupes qui quittent leurs lieux d'origine pour diverses raisons, viennent demander à une tribu le droit de s'installer dans sa région; sont rappelés aussi les cas des tribus qui citent plus d'un fondateur de lignage; « ainsi la tribu de Kiri reconnaît deux fondateurs;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'un venu de Peja, l'autre de Kiçi, au Monténégro; ils donnèrent naissance aux deux lignages principaux qui divisent la population de Kiri ».

Dans une excellente étude sur les survivances tribales chez les Albanais, Rrok Zojzi (1977, pp. 185 sq.) rapporte quelques traditions concrètes. Ainsi, les Mirdites comprenaient 4 « pieds », première division de la tribu, 28 phratries, 165 « ventres » (lignages) et 2000 maisons. La simple lecture de ces chiffres permet de se rendre compte qu'il s'agit de chiffres fantaisistes, le recours à l'origine commune et à la consanguinité étant utilisé pour résoudre des problèmes autres que la consanguinité. En effet, si le fondateur a eu 4 fils, il a du normalement avoir 4 filles, et probablement quatre autres enfants n'ayant pas donné naissance à des enfants avant leur mort, car morts trop tôt. Si on passe à la deuxième génération, on voit que les quatre garçons fondateurs des « pieds », ont eu chacun en moyenne 7 garçons fondateurs de phratries; en ajoutant ici aussi les filles et les enfants morts en bas âge, on arrive pour chacun des frères fondateurs de « pieds » à un nombre de 21 enfants; et cela continue de la même manière, d'autres tribus ayant la même prolificité incroyable, normale pour des souris, mais fantaisistes pour des humains.

L'ancêtre des villages roumains.

Le fondateur unique des villages roumains apparaît avec régularité dans les traditions; il s'agit d'une personne dont les fils se partagent les terres, soit de plusieurs frères fondateurs, ce qui renvoie en fait à l'ancêtre unique. Ces légendes où un fondateur vient et s'installe seul sur une terre déserte et puis voit sa famille s'aggrandir et devenir village, ne résistent pas à une analyse sérieuse, même s'il y a encore des chercheurs qui croient qu'elles disent la vérité; Henri H. Stahl (1958, pp. 54 sq.) prouve le peu de fondements de ces légendes.

Le rôle du fondateur unique est au début celui de justifier la solidarité et la consaguinité du village, mais aussi de justifier les droits sur le territoire villageois, leur ancêtre ayant été le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

premier occupant de cette terre. La propriété agricole des maisnies est au début passagère, car rattachée à une agriculture itinérante, fortement liée à la forêt. Lorsque la population s'aggrandit, et que les techniques d'exploitation s'améliorent et permettent la cultivation continuelle de certaines terres, les plus convoitées par tous, on doit décider d'un partage qui ne défavorise personne. Ce partage, égalitaire par maisnies, s'effectue sur les terres arables, le reste du territoire restant communautaire.

Les terres arables sont divisées en « ancêtres », en roumain « moş », mot qui signifie en même temps ancêtre et vieillard. A cette occasion le mot désigne également une partie des terres et un groupe humain qui s'installe sur ces terres, comme s'il était le descendant réel d'un même ancêtre. La divison commence par le partage des terres en « grands ancêtres », continue avec les « petits ancêtres » et ainsi de suite pour arriver à classer tout le monde (Stahl H. H., 1976, pp. 102 sq.; Filip, 1966). Les droits de chacun seront dorénavant calculés en rapport avec sa place dans l'arbre généalogique qui remonte vers le fondateur supposé du village. Même les habitants des villes sont classés ainsi; des documents du passé inscrivent les droits de milliers de personnes dans de pareils schéma généalogiques (Giurescu, 1969). Ces documents remontent d'habitude en arrière avec deux, trois siècles, moment où ils situent le fondateur du village, ce qui ne correspond pas avec la réalité historique du village, dont les débuts vont bien plus loin. Les tracés intervillageois roumains apparaissent comme existant depuis toujours, au moment ou au 14-ème siècle les documents écrits deviennent plus nombreux, et pour l'essentiel ne changent pas. L'organisation de ces tracés intervillageois suppose l'existence d'une population bien organisée et existant avant les premiers documents écrits.

Les droits de chacun se justifient par l'appartenance à telle ou telle généalogie. On inscrit donc sur des documents ou on garde en mémoire sa généalogie afin de revendiquer ses droits. Voici un exemple: le fils d'un prêtre s'installe sans permission sur une terre ayant appartenu au prince Dabija et plante un vignoble d'où on essaye de le déloger. « ... Et lui, ne voulant pas du tout partir, et plus encore se déclarant un parent de Dabija

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vodă pour qu'on ne puisse pas le chasser. Et alors nous avons rassemblé beaucoup de gens et même des seigneurs ... et même des parents et des soeurs de Dabija Vodă en demandant quel sorte de parent il est avec eux. Donc, les descendants de Dabija Vodă lui demandèrent devant nous, de quel « ancêtre » il descend, qu'il dise ses ancêtres et son lignage, et s'il était prouvé qu'il est leur parent, qu'il puisse conserver ses vignobles. Mais Necula /le coupable/ ne fut pas capable de se justifier, et même ses ancêtres il ne savait pas comment ils s'appellent, et de qui il est le descendant » (Iorga, p. 75).

Comme pour les tribus albanaises au moment où elles reçoivent un groupe étranger comme associé, on invente un ancêtre commun, réglant ainsi des problèmes juridiques en rapport avec la propriété. Le cas décrit par Henri H. Stahl et concernant la ville de Câmpulung (1959, p. 333) est exemplaire pour ce qui vient d'être dit; cette ville voit le nombre des « ancêtres » fondateurs évoluer continuellement selon les besoins des habitants. Ainsi, chaque nouveau venu qui s'installe dans la ville et demande des droits sur les communaux, est considéré comme formant avec d'autres personnes qui lui sont étrangères un groupe homogène, descendant d'un ancêtre commun. Cet ancêtre est ajouté aux anciens ancêtres de la ville, le caractère fictif de l'opération étant évident. Les avocats qui règlent les problèmes de propriété au 19-ème siècle, sont remunérés en leur accordant à eux aussi un « ancêtre » sur le territoire de la ville. Le total de ces ancêtres arrive ainsi à 44; un village voisin, Dragoslavele, fonctionnait sur 22 ancêtres et demi.

Malgré tout, dans les villages, après deux ou trois générations on oublie le caractère fictiv de l'opération, et on affirme avec foi que la consanguinité est réelle, constation vraie également pour une société tribale comme pour une villageoise. Ce qui était vrai au niveau de la maisnie, où un père divise également entre ses vrais fils les terres, on veut qu'il le soit aussi au niveau du village et même de la confédération villageoise, de la tribu, de la ville. Là aussi on imagine des pères qui divisent les terres de manière égalitaire entre des fils.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LES OUVRAGES CITÉS DANS LE TEXTE

ANDROMEDAS, John N., 1966, « The inner Maniat Community Type; a Study of the Local Community's changing articulation with society ». *Dissertation abstract*, 27 B, Ann Arbor.

BARJAKTAROVIĆ, Mirko, 1976, « Forms of Ownership as Types of Traditional Institution in Yugoslavia ». *Ethnologia Slavica*, 6.

BOURCART, J., 1921, *L'Albanie et les Albanais*. Paris.

CAMPBELL, John K., 1964, *Honour, Family and Patronage; a Study of Institutions and Moral Values in a Greek Mountain Community*. Oxford.

CARNARVON, Earl of, 1869, *Reminiscences of Athens and the Morea*. Londres.

CHOPIN, M. et A. UBICINI, 1956, *Provinces danubiennes et Roumaines*. Paris.

CISZEWSKI, S., 1897, *Künstliche Verwandschaft bei den Südslaven*. Leipzig.

COON, Carleton S., 1950, *The Mountains of Giants. A Racial and Cultural Story of the North Albanian Mountain Ghegs*. Cambridge.

CORDIER, Eugène, 1859, *Le droit de famille aux Pyrénées*. Paris.

—, 1869, *De l'organisation de la famille chez les Basques*. Paris.

COZZI, Ernesto, 1910, « La vendetta del sangue nelle montagne dell'Alta Albania ». *Anthropos*.

CRONT, Gh., 1969, *Instituţii medievale româneşti. Infrăţirea de moşie. Jurătorii*. Bucarest.

DEGRAND, A., 1901, *Souvenirs de la Haute-Albanie*. Paris.

DEMELIĆ, Fedor, 1876, *Le droit coutumier des Slaves méridionaux*. Paris.

DOJAKA, Abaz, 1979, « L'exogamie chez les Albanais ». *Ethnographie Albanaise*, VIII.

DORDEVIĆ, Tihomir R., 1907, « Bigamija i poligamija kod Srba ». *Srpski Kniaževni Glasnik*, I.

—, 1924, « La polyandrie chez les Slaves du sud ». *Revue des Etudes Slaves*, IV, Paris.

DRLJAĆA, Dušan et Dragoslava SAVKOVIĆ, 1973, « Kućna zajednica u rasinskom selu Zlatari ». *Etnoloski Pregled*, 11.

DURHAM, Mary Edith, 1909, « Some Montenegrin Manners and Customs ». *Journal of the Royal Anthropological Institute*, vol. XXXIX.

—, 1910, « High Albania and its customs in 1908 ». *Journal of the Royal Anthropological Institute*, vol. XXXX.

—, 1931, « Preservation of Pedigrees and Commemoration of Ancestors in Montenegro ». *MAN*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FILIP, Gh., 1966, « Analiza etnografico-istorică a unui trup de moşie ». *Revista de Etnografie şi Folclor*, XI-1.

FILIPOVIĆ, Milenko, 1958, « Vicarious Paternity among Serbs and Croats ». *Southwestern Journal of Anthropology*, 14-2, Albuquerque.

FUSTEL DE COULANGES, 1943, *La Cité antique*. Paris.

GARNETT, Lucy M., 1917, *Balkan Home-Life*. Londres.

GJECOV, Shtjefen, 1941, *Codice di Lek Dukagjini, ossia diritto consuetudinario delle montagne d'Albania*. Rome.

GIURESCU, C. C., 1969, *Istoricul podgoriei Odobeştilor. Din cele mai vechi timpuri pînă la 1918*. Bucarest.

GOPČEVIĆ, Spiridon, 1881, *Oberalbanien und seine Liga*. Leipzig.

GUIDETTI, Massimo et Paul Henri STAHL, 1977, *Il sangue e la terra. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*. Milano.

HAHN, J. G. von, 1854, *Albanische Studien*. Jena.

HECQUARD, Hyacinthe, 1862, *Histoire et description de la Haute Albanie ou Guégarie*. Paris.

IORGA, Nicolae, 1930, *Anciens documents de droit roumain*. I-er volume. Paris-Bucarest.

KEREWSKI-HALPERN, Barbara et Joel M. HALPERN, 1977, *Selected Papers on a Serbian Village. Social Structure as Reflected by History, Demography and Oral Tradition*. Research Report n° 17, Department of Anthropology, University of Massachusetts, Amherst.

KOGALNICEANU, Michail, 1872, *Cronicele României sau letopisețele Moldaviei şi Valahiei*. II-e édition, Bucarest, I-er volume.

KRAUSS, Friedrich S., 1885, *Sitte und Brauch der Südslaven: nach heimischen, gedruckten und ungedruckten Quellen*. Vienne.

KULIŠIĆ, Spiro, 1957, « Arhaično bratstvo u Crnoj Gori i Hercegovini ». *Glasnik Zemaljskog Muzeja Bosni i Hercegovini*, XII, Sarajevo.

LEVI-STRAUSS, Claude, 1984, *Paroles données*. Paris.

MIHAILIDOU-NOUAROU, Mihail G., 1926, *Nomika etima tis nisou Karpatou tis Dodekanisou*. Athènes.

PETROPOULOS, D. A., 1952, « *I akliria eis ta etima tou ellinikou laou* ». ELA, 7.

RICHARD, le Père François, 1657, *Relation de ce qui s'est passé de plus remarquable a Sant-Erini, isle de l'Archipel*. Paris.

STAHL, Henri H., 1958, 1959, 1965, *Contribuții la studiul satelor devălmaşe româneşti*. 3 vol. Bucarest.

—, 1976, *La comunità di villaggio. Tra feudalesimo e capitalismo nei Principati danubiani*. Milano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

STAHL, Paul H., 1978, « The Domestic Group in the T aditional Balkan Societies ». *Zeitschrift für Balkanologie*, XIV, Berlin.

—, 1979, *Sociétés traditionnelles balkaniques. Contribution à l'étude des structures sociales*. Etudes et Documents Balkaniques, I, Paris.

—, 1979, « The Rumanian Household from the Eighteenth to the Early Twentieht Century ». *Europe as a Cultural Area*. The Hague, Paris.

—, 1981, « Les enfants et la pérennité de la maisnie. Quelques exemples balkaniques ». *Revue des Etudes Roumaines*, XVI, Athènes.

STAHL, Paul H. et Massimo GUIDETTI, 1979, *La radici dell'Europa. Il dibattito ottocentesco su comunità di villaggio e familiari*. Milano.

SIMIĆ, Andrei, 1967, « The Blood Feud in Montenegro ». *Essays in Balkan Ethnology*. Edité par William G. Lockwood. Berkeley.

TAMASSIA, Giovanni, 1886, *L'Affratellamento (Adelfopolia). Studio storico-giuridico*. Torino.

TEGNAEUS, H., 1954, *La fraternité de sang*. Paris.

TIMUR, Serim, *Türkiye'de aile yapisi. Family structure in Turkey*.

TRAYANOVITCH, Sima, 1909, « Manners and customs ». *Servia and the Servians*, édité par Alfred Stead. Londres.

VALENTINI, Giuseppe, 1956, *Il diritto delle comunità nella tradizione giuridica albanese. Generalità*. Florence.

ZOIZI, Rrok, 1977, « Survivances de l'ordre du fis dans quelques micro-régions de l'Albanie ». *La Conférence Nationale des Etudes Ethnographiques. 28-30 juin 1976*. Tirana.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RÜDIGER SCHOTT

A CASE OF LIVING LAW: TRADITIONAL AND MODERN JURISDICTION AMONG THE BULSA IN NORTHERN GHANA

1. *The Trivial and the Transcendental in Traditional Jurisdiction: an Exampel.*

On 29th October, 1974 I attended a court session before the chief's compound in Sandema, capital of the Bulsa people, an ethnic group of about 60,000 men and women in the North of Ghana whose economy consists of subsistence agriculture and cattle holding (1). Before the Paramount Chief of the Bulsa appeared two men from Kanjaga, another Bulsa village (2), the one complaining that some of his donkeys had gone astray and had been illegally appropriated by his neighbour. The latter denied these charges, stating that the donkeys in his compound were his own and not identical with the lost donkeys of the complainant.

The case had been brought previosly before the chief of Kanjaga who had advised them to consult a diviner (*baano*), who,

(1) For an introduction to the ethnography of the Bulsa cf. SCHOTT 1970. For a more exhaustive treatment of the present topic cf. SCHOTT 1978, 1980 a, 1980 b and 1980 c; parts of the present paper have been taken from these publications.

(2) In colonial times the Bulsa were mistakenly called « Kanjaga » because the Europeans had their first contacts from 1897 onwards with Bulsa from that village (cf. SCHOTT 1977). The official spelling of the ethnonym « Builsa », introduced by CARDINALL (1920) and RATTRAY (1932: 398-403) violates the phonetic rules of Buli, the language of the Bulsa (cf. SCHOTT 1970: 87-8). Other corrupted spellings are Bulse, Builse, Boulisi, Bouras etc. (cf. TAUXIER 1912: 275-294, 739-746; 1924: 39, 41, 51, 94, 142-3; MANOUKIAN 1951: 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

by means of his divining practices, should find out to whom the donkeys belonged. The diviner, consulted by the complainant's father, came to a conclusion in his favour, yet the defendant did not believe what the complainant told him about the outcome of the divining, but accused him of telling lies. In addition the defendant asked: « In our land (i.e. according to our custom), if you consult a diviner, don't you also offer sacrifices to a *boghluk* (' shrine ')? ». This the complainant's father apparently had avoided to do.

The case was finally brought before the Paramount Chief. He refused to judge the case, but referred it back to the elders of the village — they should « talk the case » (*biisi biika*) before it was brought to the Chief again, if necessary. He moreover warned the defendant: « If you keep his (the complainants') animal to ' eat ' (i.e. to possess it), but it is not your animal, you will die indeed ». He then asked both parties to the quarrel that they should go to a river and perform the sacrifice of a chicken together: « If you don't go to kill (sacrifice) the chicken, it (the case) will not leave you, it will kill all of you! ». After they had gone home and sacrificed to the *boghluk*, they should « sleep » (wait) for six months, « so that you see what happens before you come (again) to tell me and I hear ».

To the European listener, expecting a clear-cut decision in court, based on formulated legal rules — precedents or laws —, the arguments brought forward by the litigants and the suggestions made by the Chiefs seem obscure and remote from Law in the European sense. The case is trivial, but the arguments and practices used in this case involve fundamental ethical and religious concepts of this African people, some of which are not restricted to this one people, but representative of a tradition far more widespread.

Without entering into every detail, let me point out only a few of the implications of the case. The diviner, consulted by the complainant, is a central figure in all decisions of life. He mediates between the living and the ancestors and other sacred or « transcendental » forces. His task is not so much to discover the truth about disputed matters or to foretell the future, but to explore the will of these forces which demand sacrifices for

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

their « services » or « gifts » — health, fertility, strength and good fortune. The defendant was therefore quite justified to doubt the assertion of his opponent, based on the alleged findings of the diviner: as long as he had not sacrificed to a *boghluk* (a ' shrine ' dedicated to some supernatural being) he had not proved that he was willing to accept the findings of the diviner. Only by a sacrifice could the complainant confirm that he was serious in his contentions, for to deceive someone by a false promise of sacrifice to a *boghluk* would mean certain death to the perpetrator.

The complainant himself apparently could not consult the diviner, but had to turn to his « father » to do this for him. The social, legal and religious order of Bulsa society follows the all-pervading principle of seniority: rights and duties are graded according to relative age and every person has his *nyono*, which may be translated as « owner », « lord » or « guardian ». The complainant's « father » (who may be any senior male relative referred to as *ko*, ' father ', ' father's brother ' etc.) had to take responsibility for consulting the diviner and for performing the sacrifices to the *boghluk* in lieu of the junior complainant himself.

The Paramount Chief decided that the case was to be handled by the elders (*nisoma*) of the two clan-sections to which the litigants belonged. This procedure corresponds to the above-named principle according to which in pre-colonial times conflicts had to be settled through negotiations between the elders of the groups concerned. The chiefs at that time had, among the Bulsa as among many other so-called « acephalous » societies in Africa, little influence apart from the occasional arbitration of cases. The most powerful ' elders ' were the ancestors or the ' dead ' (*kpilima*), as the Bulsa call them.

2. *The Earth and the Ancestors as Powers of Traditional Jurisdiction.*

The other sacred power referred to implicity in the case cited is *teng*, the Earth. When the Chief warned the defendant not to keep the disputed donkeys, he made reference to a law requiring that all stray animals and men, as well as any found object, especially if it is of metal, be brought to the *teng-nyono*, the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'lord' or 'owner' of the land. They are believed to have been 'brought' by the Earth and to belong to the Earth. As Zwernemann (1968: 224-5) has shown in his great comparative work on « Die Erde in Vorstellungswelt und Kultpraktiken der sudanischen Völker », this norm is only one of many sacred rules which, when violated, the Earth may punish with sickness or death.

The Earth among the Bulsa and many other African peoples is venerated on special 'shrines', usually in the shape of conspicuous features of the landscape, such as big trees, coppices, rocks and rivers. These *tang-gbana* (sing. *tang-gbain*, lit. 'skin' of the Earth, the skin being the symbol of chieftaincy) may be propitiated by sacrifices of animals. The Chief suggests to the parties the settling of their quarrel by sacrificing a chicken to a river, probably a *tang-gbain*, and thereafter to « sleep » for six months. If they refuse to conform to this suggestion, the case (*biik*), or rather the Earth, will kill them.

Among many African peoples, the Earth herself is considered a sacred power which pursues anyone violating her commands. According to Zwernemann (1968: 209-261), the Earth especially avenges any form of blood-shed, suicide, theft, witchcraft, and sometimes even such trivial 'crimes' as a verbal quarrel, beating a person or uttering the war-cry. The Earth does not accept any one who violated her commands, and also refuses strangers, sorcerers, criminals, suicides, lepers, women who died during pregnancy, or physically abnormal persons — they must not be buried in the soil, but cast into the bush, for otherwise the Earth will become barren. The Earth reacts severely against adultery, incest or sexual intercourse performed in the 'bush' or in a field.

The concept of « spoiling the Earth » (*kaasi tengka*) is central to an understanding of Bulsa religion, law and justice. Any deviation from the customary norms of behaviour may « spoil the land ». Among the Bulsa, I was frequently told by elderly people that the young generation had « spoilt the land » because they disregarded the traditional laws and wanted to abolish the customs of their fathers. All conflicts and rifts in the social structure which in ancient times are said to have been mended through the authority of the elders, are attributed to the wea-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

kening of their authority, or, in terms of the Bulsa, to the « spoiling of the land » (*tengka kaasika*) which saying always possesses a religious connotation.

There are many things which « spoil the land » nowadays. Some elders in the village of Chuchuliga clearly recognized the ambivalent effect of the White Man's rule upon the traditional order: « The white man brought peace and people no longer fear one another and the mutual killing was stopped. [But:] Nowadays the wicked people do not respect the ' house owners ' (= *yie-nyam*, sing. *yeri-nyono*, ' owner ' or ' head ' of the compound [cf. Schott 1970: 14, 19, 23, 25 f.]), because of the coming of the White Man. Because the ' house owners ' are no longer respected, they (the inhabitants of a compound) are no more sitting together. In former times they used to sit together and to do sacrifices to the *teng* (the ' Land ' or the ' Earth '). Nowadays also the ' house owners ' (or ' elders ') no longer come together so as to ' drink the *teng* ' (*nyu tengka*) ».

Here my informants refer to a ceremony performed whenever a witch, a wizard, or any other ' evil thing ' is suspected to be « on the land » or in a compound. The *teng-nyono* or the *veri-nyono* then has to call together all members of the clan-section or of the compound around a heap of stones serving as an altar for *teng*. The leader of the ceremony then slaughters a chicken and mixes its blood with water in a calabash or a pot from which all participants have to drink. One of my informants continued: « After the water has been mixed with the blood of the fowl and drunk, the fowl is half roasted and the meat shared among all people at the ceremony, whether man, woman or child, and it is at such ceremonies that you will see for the first time a woman eating the meat of a fowl », this, at least in former times, being ritually forbidden to women after their first menstruation (cf. Schott 1973/74: 288-9). « The mother of a newly born baby takes the water in her hand and lets it drop in the child's mouth. A piece of meat is also put in the child's mouth ». Those who can speak, have to utter the conditional curse or oath:

> « *Mi ale bo yeni po la, mi dan ká sakpak a yaase mi seb nurwa yuemu wari, mi kan nya veenti vaari. Mi na jo dok nna, tengka nagh mi ko* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(I, living in this house, if I am a witch (or wizard) or if I know anything about the man's illness, I shall not see the next daybreak. If I return and enter my room, *teng*, the Earth shall slay and kill me!)

After this ordeal the *yeri-nyono* leaves a wooden hammer on the heap of stones. With this hammer the Earth shall kill the secret evildoer and all who know of his misdeeds.

The authority of the elders and earth-priests rested in this society, as in many other so-called « segmentary », « acephalous » African societies, on religious sanctions. Yet in the final instance these authorities, though possessing no monopoly of power, had the legal right to apply physical force against wrongdoers. By using this force the offender could be evicted or killed.

Among the Bulsa the family-heads and the elders held the power over life and death. In the village of Chuchuliga I was told by the elders in 1967:

« What our fathers used to do [if we do not follow it], we die of it. We die because we wrong them [i.e. we no longer respect traditional customs and thereby ' spoil ' the land, *kaasi tengka*]. Their powers are so strong that anyone who wrongs them dies ...

In those days, if any one was believed to be a wizard or a witch (*sakpak*), he was tied against a pole and killed. The wizard was often making ' war ' [i.e. killing other people by devouring their ' soul ' (*chiik*) at night-time], and if he (or she) did not stop, he (or she) was killed by the people of his family. He (or she) was tied to a pole and left lying on the rubbish hill [in front of the compound] until he (or she) died ». Funeral customs were in these cases not observed in the same way as for an ordinary person. My informants stressed the preventive function of these sanctions: « If there was another person of his kind, he stopped [his evil deeds]. If you were warned, you stopped it ... There is usually some sick person in the compound, and one believes that it is usually a wizard or a witch who harmed that sick person. If she [the witch] was a woman and you did not like to kill her, you slapped her and sent her back to her parents with all the children ». The Bulsa believe that witchcraft is inherited in the female line, therefore the children of a witch are automatically also witches. « A thief was also treated in the same way as a witch and also a person who caused adultery » with a clansman's wife.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The authority of the elders and the power of the ancestors was derived from one source: the sacred tradition which had its origin (*ngiok*) in the distant past. In a way, the ancestors or the 'dead' (*kpilima*), as the Bulsa call them, were the most powerful 'elders' (*kpaga* or *nisoma*). It is a question in debate whether ancestors and elders enjoy the same status irrespective of their 'accidental' quality of being alive or dead (3). Igor Kopytoff (1971: 140) has argued on the basis of his ethnographic researches among the Suku of Zaire « that African living elders and dead ancestors are more similar to each other than the Western living and dead can be, that an elder's social role does not radically change when he crosses the line dividing the living from the dead ... ».

Although his findings have not found general acceptance, since in many cases there is a distinction being made between the living and the dead, the 'jural' relation between the two is stressed among others by Mendonsa for the Sisala, a neighbouring people of the Bulsa: « An ancestor is the projection of jural authority to a socio-religious plane. Any ancestor has the right to demand propitiation and may cause affliction regardless of whether he was demanding or especially punitive in life. While one may argue with an elder, one can never do so with an ancestor » (Mendonsa 1976: 60).

He comes to the conclusions that « ancestors and office-holding elders are alike in the amount of respect and fear afforded them. They have a protective function and are thought to be endowed with the necessary power and wisdom to fulfill that role. All contact with the ancestors is made by the office-holders who consult diviners and sacrifice on shrines. When we discuss elders and ancestors in Africa, it is important to keep this distinction in mind » (Mendonsa 1976: 64).

The same applies to the Bulsa and many other African peoples where the ancestors possess the ultimate power by which they sanction positively or negatively the behaviour of their descen-

---

(3) Cf. KOPYTOFF 1971; BRAIN 1973; SANGREE 1974; MENDONSA 1976; HAMER 1976. Among the Bulsa elders were definitely differentiated from ancestors: only the latter could receive sacrifices.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dants. The elders, being « nearest » to them in age and status, are primarily held responsible for the ' lawful ' and ' orderly ' conduct vis-à-vis the ancestors. Both, the living and the dead, are united in one chain of tradition which we call « unilineal descent », thus stressing only one aspect of this relationship that embraces the totality of social life.

3. *Traditional Authorities and Their Ways of Settling Conflicts.*

The *yeri-nyono* (lit. ' houseowner ', head of a compound, cf. above, p. 153) still has a socially and legally prominent position in the Bulsa community. He is responsible to the Earth and to the Ancestors for the observance of the prescribed rites, above all for the communal sacrifices; but he is also the arbitrator in all domestic conflicts. In Bulsa compounds conflicts between the wives of a husband, but above all between half-brothers, i.e. the sons of the same father but of different mothers in polygynous marriages, are frequent. This often leads to the division of the compound into two parties. One of my informants spoke of the frequently « lacking willingness of two branches of one family to cooperate », which was to be seen in that « they do not make offerings together and do not settle conflicts among themselves, although they live in one compound under one leader (*yeri-nyono*). In such cases, the leader is very careful in everything he says because he knows that the family is divided and his patience and tact are needed ». It may even happen that when the *yeri-nyono* assembles the residents of the compound, one part of the family « sits apart and looks in a different direction ».

Theft is considered the most serious crime in the compound. But the *yeri-nyono* also has the duty of investigating and settling other domestic conflicts. It is true that he has no direct responsibility for mediating in cases of marital disputes. However, in one case in which a ' granddaughter ' left her first husband and formed a relationship with a man in another section, the *yeri-nyono* insisted that the latter pay him a visit and explain the matter concerning his granddaughter.

In disputes between several compounds it was the duty of the *yeri-nyono* to settle the conflict together with the elders in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the presence of the *teng-nyono*, the « Earth-Priest » (lit. ' owner ' of the Earth or land) (4). In the previously-mentioned case of the lost donkeys, one elder from each of two sections respectively met in order to negotiate the case (*biik*). It was only when this process met with no success because the two could not come to an agreement that the matter was brought before the Chief of Kanjaga who in turn referred it to the Paramount Chief in Sandema. He then referred the affair back to the elders who were to come to an understanding: « Take this matter to the place of your elders for them to negotiate it. Only if they do not come to an understanding, should you take it to the house of the Chief in Kanjaga ».

The settlement of disputes between unrelated exogamous clan sections or ' maximal lineages ' was difficult in pre-European times. Because there was no higher authority, blood feuds between such groups could be drawn out over long periods of time even within one settlement. Several Bulsa informants told me in 1966 that women and children could not go to market or attend funeral rituals in foreign sections without the armed protection of their husbands. The killing of a stranger could only be settled by the clan sections concerned through elaborate reconciliatio and purification rites, which were intended above all to appease the insulted Earth. The most common reason for feuds between clan sections were attempts of members of different sections to entice married women away from their husbands. Even today a great part of the legal disputes brought before the chief are concerned with ' women matters ', i.e. with disputes over married and carried-off or run-away women.

The Bulsa chiefs had little power in pre-colonial times to settle disputes between different clan sections. A court case in

(4) Prof. Allott remarks on this procedure: « Arbitral justice is of vital importance in acephalous societies, since there may be no other dispute-settling machinery. In societies with chiefs the judicial institutions are of prior importance, but even in such societies arbitral justice survives and is of great importance. Fellow-villagers may take their quarrel to the village head or local notable for settlment, and even the chief himself may arbitrate (as distinct from sitting judicially in court) ». (ALLOTT 1960: 120-1; cf. also VERDIER 1963: 111).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Fumbisi on 12.13.74 was reminiscent of the times of self-help. The defendant from Fumbisi had enticed the wife away from another man from the neighbouring town of Yiwaasa. The Chief of Fumbisi decided against his fellow village-resident that he should return the woman to the man from Yiwaasa Following this judgment, the defendant said, « It is his thing (wife) that I took away from him by force. Were he stronger than me, he would have come to my house and taken her back. Now, however, he has come to our ' father ' (the Chief). If our father says that I must give her back, I shall obey. It is in his hands (the chief's) and for this reason I shall not begin a fight. Let him take his wife with him ». In earlier times, this incident would probably have resulted in a bloody battle between the rivals together with their sections or villages. Although the Chiefs, according to the oral tradition, occasionally acted as arbitrator in pre-colonial times, and even guaranteed to some extent peace at the market-place, they were as a rule not equipped with the necessary resources of power to settle feuds between sections.

This is taken from, among others, the report of the British Lieutenant Colonel, A. Morris, Chief Commissioner of the Northern Territories, concerning his expedition on 21 March, 1902 against Sandema, later capital of the Bulsa:

> « In Mamprusi and Dagomba each town consists of a collection of huts close together, under a King whose authority is absolute ... ». In the western regions and thus also in the land of the Bulsa « ... the so-called towns are in reality districts, consisting of a collection of compounds (containing from ten to twenty huts) scattered about at intervals of two or three hundred yards over a very wide extent of country. The King's compound is a larger one than the others, but in many cases his power is little more than nominal » (5). In a further report A. Morris says: « The difficulties in governing this part of the country are evident, when it is understood that the Kings [= chiefs] themselves have little or no power and even when friendly disposed are quite helpless to prevent looting and raiding

(5) Public Record Office, London, Co. 879/78/05939, p. 23; A. Morris, Lt. Col., Chief Commissioner, Northern Territories, Report No. G/105/N.T./02, dated Gambaga, April 26, 1902.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

on the part of their people. Every compound, consisting of perhaps a dozen houses, is, in itself, a small kingdom » (6). The Acting Commissioner, Major R. A. Irvine also complains in 1904 about the difficulty which arose for the colonial administration in the northwestern parts of the newlyestablished protectorate in that the inhabitants recognize « no central form of authority amongst themselves, every compound owner being a law unto himself ... » (7).

4. *Traditional Jurisdiction in the Colonial Period.*

The British colonial power made every effort to strengthen the authority of the chiefs, in order in this way to establish an administration organized according to European legal conceptions (8). First priority was given to the suppression of blood feuds between the previously independent clan sections and villages. My informants in Chuchuliga well recognized the ambivalent consequences following the establishment of the colonial power of the Whites: « In those days (before the colonial period) the people used to fight and kill each other. If you had a child and it went to a distant place, it would starve and be sold into slavery. If anyone offered resistance, he was killed. If you married an (already married) woman and her child, the husband killed the man who had married his wife. If you were a thief, you were killed or bannished ... », — by the Head of the Compound. « When the White Man came, an end was put to all this », but althourgh « the White Man brought peace and the people no longer lived in fear of one another and the killing ceased », at the same time the authority of the Heads of Com-

(6) Public Record Office, London, Colonial Reports, Annual Report on the Northern Territories of the Gold Coast for the Year 1903, p. 3.

(7) Id., Annula Report for 1904, p. 5.

(8) The Bulsa came under the colonial rule of the British, who in 1897 began to defend their rights to the so-called Northern Territories against France and Germany. « The Northern Territories (now known as the Northern and Upper Regions [of Ghana]) came to be administered with the government of the Gold Coast by virtue of the Northern Territories in Council, 1901, and the Northern Territories Administration Ordinance, No. 1, of 1902 ... » (DANIELS 1964: 47; cf. HARVEY 1966: 80).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pounds was weakened: « Today the wicked people no longer pay heed to the *yeri-nyono*, because the White Man came ».

There is also a statement of the Sandem-naab and Paramount Chief of the Bulsa which clearly shows the ambivalent attitude towards modern legislation and administration. He believes that today one must keep silent, even when someone is known to be a person who practices witchcraft or brings anything else 'evil' into the land in order to ruin it, « ... because of the Government law ».

The weakening of the traditional powers of the Heads of Compounds and Earthpriests had the effect of increasing internal conflicts in the compounds and within the sections and lead to the more frequent division of compounds into smaller individual units, because younger brothers or sons tend to settle independently.

In contrast to this, as was mentioned, the authority of the Chiefs was strengthened in the colonial period. In accordance with the principle of 'indirect rule', the British colonial administration invested some Bulsa villages with chiefs, where the institution had never before existed (9). The chiefs became responsible to the colonial authority for numerous administrative duties which were completely foreign to the traditional office of chieftain, above all those of collecting taxes, the organization of forced labour for road-construction and other public duties like the supervision of the running of the market or the recruiting of soldiers in times of war.

---

(9) Cf. ALLOTT 1960: 108 on this: « The policy of Indirect Rule was from the first applied — at least as far as native courts were concerned — in Ashanti, the Northern Territories, and Togoland; and the existing native tribunals of the chiefs and other rulers were recognized subject to certain restrictions ». A Native Tribunals Ordinance was passed in the Northern Territories in 1932, which was replaced by a Native Courts (Northern Territories) Ordinance in 1935. In 1943 the Blackall Committee of Enquiry proposed a court reform, which provided for the members of the Native Courts to be appointed by the Governor in Council, « and that courts should be constituted as the need arose in any area, which nedd not coincide with the areas of traditional authorities or units ... ». The main part of this recommendation came into force in 1944 through the Native Courts Ordinance (ALLOTT 1960: 109; cf. also HARVEY 1966: 196-238).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Most importantly, however, the Europeans conferred the jurisdiction in minor matters upon the chiefs. In the land of the Bulsa, the lowest Grade B Courts (10) were placed under the control of the common village chiefs, who made legal judgements under the guidance of the British District Commissioner. These judgements were in substance to correspond to the 'native law and custom', but actually followed formally the British legal procedural system. A plaintiff who wanted to summon someone to court had to pay the chief a charge of about 5 shillings (aside from the 'gifts' or « dash »). If a case could not be settled in the village court, it could be brought before the Grade A court in the capital of Sandema where the plaintiff had to pay the Paramount Chief (11) a charge in the amount of 10 shillings. The next instances were the Magistrate's Court (police court with a lay judge) (12) and the District Court in Navrongo. The first instances of the so-called 'Native Courts' were also in actuality 'European courts'. The judgements made corresponded in substance partially with the traditional African legal conceptions, but were in fact made to a great extent by authorities which had not even existed in the precolonial period — there had never been a Paramount Chief with authority over all Bulsa villages — or which exercised completely different functions than they had in earlier times (13). In the pre-colonial period, justice

---

(10) Cf. *African Studies Branch* 1956: 120: « There are various grades of native courts. They have exclusive jurisdiction on the civil side in suits between Africans concerning marriage, customary rights in land and succession of property and in some minor personal suits. Their criminal jurisdiction includes offences under a number of ordinances, local authority bye-laws, as well as customary offences ». - Before the introduction of a republican constitution for the State of Ghana on 1 July 1960, the Native Courts consisted almost exclusively of Chiefs and their Elders (DANIELS 1962: 27).

(11) So-called « Paramount Chiefs » (formerly: « Head Chiefs ») were appointed by the British; they supervised several ordinary Chiefs (cf. HARVEY 1966: 84).

(12) Cf. *African Studies Branch* 1956: 120: « Magistrates' Courts exercise summary jurisdiction throughout the territory: in some cases by Stipendiary District Magistrates, and in others by Government agents sitting as Magistrates ... ».

(13) Cf. HARVEY 1966: 88.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

had been administrated essentially by the Heads of Compounds and the Earthpriests and by the informal assemblies of the elders.

5. *The development of the Judicial System after Independence.*

After Ghana had achieved its independence in 1957 under Kwame Nkrumah and his C.P.P., the authority of the chiefs and consequently their jurisdiction as well as their right to collect court charges and fines was more and more restricted and transferred to the civil courts ([14]). In 1967 the Sandem-naab, Mr. Azantinlow said to me in this relation: « Before the C.P.P.-Government came into power, the Chiefs were allowed to try cases and to pronounce judgments in legal affairs, e.g. in cases of land disputes or disputes between relatives. All matters which the chiefs could not adjudicate or settle, were referred to the Magistrate's Court. If two brothers were involved in a dispute over land, they would come to the Chief and he decided to whom the land was to belong. If these people then went home and were

([14]) This development began as early as the 1950's before the end of the colonial period. The Korsah Commission, a commission of the British Government, which however was composed exclusively of Africans, had drawn up numerous recommendations on court reform, in order to alleviate serious flaws in the present system (cf. ALLOTT 1960: 111 f.; HARVEY 1966: 209-212). « So drastic were the changes that the Commission felt the term ' native courts ' to be no longer appropriate. Instead, they recommended that the courts should be known as ' Local Courts ' ». Not unti after Ghana's independence (6th March 1957) was the recommended reform accomplished with the Local Courts Act of 1958: « By section 4 ' any Native Court having jurisdiction over an area in which a Local Court is established under this Act shall, as from the date on which the instrument establishing the Local Court comes into force, cease to function in respect of that area ' ». (ALLOTT 1960: 112-113; cf. DANIELS 1964: 53). In 1960 the Local Courts Act of 1958 was replaced by the Courts Act, in which the sections numbered 91-149 were concerned with Local Courts (cf. DANIELS 1962: 30). « By the Local Courts (Establishment) Instrument, 1960 (E.I. 118), Local Courts were established for every part of Ghana and all Native Courts were abolished ... Local Courts are presided ove by magistrates known as Local Court Magistrates. They are appointed by the Minister, responsible for Local Government assisted by an Advisory Commitee ». (DANIELS 1962: 40-41; 1964: 42, 77, 82-83; HARVEY 1966: 222-226).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

not satisfied with his decision, they would go to the Magistrate's Court ... When the C.P.P. Government came into power, they abolished the right of the chiefs to try cases ».

The situation remained thus even after the coup of February 1966 when Kwame Nkrumah was removed from Power by the ' National Liberation Council ' ([15]). The Sandem-naab remarked to me somewhat bitterly in December 1966 that his reduced authority then only extended to ' woman affairs ' and matters concerning inheritance and that not even all cases of such nature were brought before his informal court. Already at that time the people were turning more and more often directly to the Magistrate's Court, the lowest official instance. In 1974/75, at the time of my second visit the chiefs had been divested of even this restricted jurisdiction in private matters and had been expressly forbidden to intercede even as mere arbitrators in marital disputes and other matters. Their jurisdiction was restricted to ' chief's affairs ', i.e. virtually to a civil jurisdiction over their own affairs.

However, the state judiciary admittedly faces great difficulties in the remote areas of Ghana, a fact which, at least in the Bulsa area, results in the chiefs' illegally continuing to try court cases. As a rule it is primarily ' women affairs ' which are brought before the Chief (= *poti* from engl. ' report ') Here it is to be seen less as extending from stubbornness or other motives on the part of the chiefs that they ' adjudicate against the law ', than from the circumstance that the inhabitants of their villages normally go to their Chief first in order to obtain ' their justice '. There are many reasons for this, only a few of which I would like to present here.

Legal proceedings before the Magistrate's Court in Navrongo are carried out in the English language which is not spoken by the greatest part of the rural population. Even when an interpreter is made available by the Government for court proceedings, he meets with a certain mistrust since he can of course not (or does not want to) translate everything said in the proceedings

---

([15]) Cf. HARVEY 1968: 107; ALLOTT 1971.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

before the lay judge. The atmosphere of the state courts and the nature of the proceedings are likely to be foreign to many of the farmers, and the distance to the state court is great, certainly greater than that to the Chief of the person's own village. (The distance from Sandema to Navrongo is 30 km; from Fumbisi to Navrongo it is 65 km). Moreover the costs and expenses which are to be paid to the court often exceed the means at the disposal of the person seeking justice. Road conditions and transportation facilities permitting, a judge comes periodically to adjudicate in Sandema.

However, aside from the fact that the Magistrate's Court is charged primarily with hearing criminal cases and usually has little time left for civil cases, the concepts of law and justice prevailing in the court differ essentially form the traditional concepts of the Bulsa ([16]). There are, however, some marriage customs, primarily payments to the parents-in-law, which are also considered by the Magistrate's Court as relevant to the question of whether a marriage contract is legally valid or not. The practice common among other tribes in North Ghana that only such marriages are legally valid for which an imposing bride price has been paid contradicts the views of the Bulsa who are therefore compelled in Court to claim to have made higher payments than they actually have.

Certain modern procedural methods of written recording of claims have, on the other hand, entered into the 'traditional' proceedings. In judging a case, one of the Chief's advisors said in the concluding conference: « As we are sitting here, we are all from Sandema ... and the way in which we proceed (we proceed thus): If your pregnant wife leaves you, you have the right to come to the Chief (and to say): Look, my wife has gone away and she is pregnant; give me a paper (*gbang*, i.e. certificate), that I can keep, yes — give me a paper before I go after my wife. If he (the plaintiff receives a paper and keeps it, he can later

([16]) KURCZEWSKI and PODGÓRECKI (1975: 8) speak of the « metalegal principles of a given system of law [which] are contrary to the expectations of the people ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

present his claim to us by saying: Do you see this paper? » But since the plaintiff in this case had failed to have such a certificate issued, the Chief's advisor doubted his claim to the woman for which the plaintiff could produce no evidence. In the same case, the plaintiff himself appealed to the customs of the ancestors in order to justify a certain behavior.

In procedural law traditional means are used above all in the method of bringing evidence. Before the state court in Navrongo in 1974 Christians were sworn in on the Bible (Protestants), or the Cross (Roman Catholics), Muslims on the Koran, and ' heathens ' had to raise both hands and swear upon *wen* and *tang-gbain*, that is the sky and Earth shrines, in so far as they were members of the Bulsa ethnic group. (Many ' heathens ', however, ask for a bible or a cross because then they do not have to fear the consequences of perjury).

I have witnessed two cases before the Chief's courts where the disputing parties have demanded the giving of an oath. In one case (on October 26, 1966) in Sandema the plaintiff asked the defendant if he could swear (*pe*) that the defendant has not seen him, the defendant gave an evasive answer. In another case (on December 13, 1974) the plaintiff requested permissio from the Chief of Fumbisi to demand that both parties take an oath on their assertions and counter-assertions. The plaintiff explained: « The reason for us in our land (i.e. according to our customs) to offer sacrifices to the shrines is this: we offer sacrifices so that the truth will come out when you speak; so that the truth comes out, men have oath-giving, may you give your oath. I apply to the Fumbisi-naab for permission for us to give oaths. May the Fumbisi-naab have us swear! If I tell lies and (again) return to Wiaga (the home of the plaintiff), may I never again sleep (i.e. die). The truth is the truth ». But the Chief refused this request, saying: « I have listened. One does not come to the house of the Chief in order to give oaths. An evil thing (like giving a false oath, RS) should not ruin a chieftain's house ... You (the plaintiff and his witnesses) are all people from Wiaga. If we say (allow), that you give an oath in the *Kusung* (assembly place in front of the chief's compound) and you then go home and something evil happens to you, it will be said that the evil

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

came from the House of the Chief. Therefore, I will not permit you to give oaths ».

The oath-like invocation of the Dead also had the purpose in one case of determining the truth of a statement. The Sandem-naab asked the woman about whom the dispute centered at the end of the questioning of witnesses: « If your dead father came here, what would you say? » In answer the woman said: « My father will say that I am in truth the wife of N. ». This testimony decided the case in favor of N.

In cases where doubt exists or where there is a lack of evidence, a soothsayer (*baano*) will also be questioned, as in the previously mentioned case of the lost donkeys in Kanjaga.

6. *Traditional Customs of Legal Relevance in Present Times.*

In addition to the above mentioned circumstances, there is quite a number of traditional customs which are considered to be of legal relevance by the chiefs' courts. The most important of these is of course the rule of exogamy, according to which marriage within the patrilineal clan is forbidden. But every provable relationship on the mother's side is also an obstacle. I know of no case in which this question played a part in a court case. According to my informants, if it is discovered that a marriage has been entered into in which such forbidden relations of kinship exist, it will even be retrospectively annulled, above all when misadventures occur as a result of such a relationship, which are interpreted as punishments sent by the ancestors.

However, marriage prohibitions also apply to the relationship between individual sections: among friendly sections it is forbidden to entice away each other's wives. An infringement of this rule leads to enmity between the sections. This rule does not, however, seem to be of interest to the courts; it is, as it were, an internal convention at the level of the individual sections. Still, one of the plaintiffs mentioned to the court the fact that his wife really wasn't allowed to marry into his rival's section and he demanded partly on the basis of this argument that the Headman of the section hand over his wife.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

According to ancient Bulsa tradition, the excision of the clitoris must be carried out before a girl may marry and engage in sexual intercourse. A girl only reaches the status of a mature, marriageable woman with the removal of her clitoris (*ngarika*, from *ngari*, v., to take, grip, pluck, break off, circumcise) ([17]).

The celebration of this rite was already prohibites under President Kwame Nkrumah; it is, nevertheless still generally practiced, as I was personally able to observe. Only in one above-mentioned case was this custom referred to before the court.

The courtship and wedding gifts play a substantially larger role as arguments for or against a marriage.

Today the bride is often carried off by force, usually with the agreement of the bride herself. A day or two later the man sends a 'go-between' (*sanyigmo*) to the girl's parents in order to inform them about the whereabouts of their daughter. This custom is called « *a ka yaali ale wa bo dela* », (or *a ka yaali wa bo ka dela*): « do not search, for she is here », or briefly: *akayaali*. The husband has some money, usually 5 pennies ([18]) and tobacco, given to the parents along with the message. If the parents accept the carrying-off of their daughter, they will accept the gifts; otherwise they will send the *sanyigmo* back with the gifts. The *akayaali*-payments were referred to in many court cases. In one case the plaintiff stated that he had (deviating from the usual payment) given 4 pennies (*kubi sinaansi*) and one hoe-blade. In another case, the *liewa-nyono* refused to accept the *akayaali*-payment because the woman, his sister, already counted as married.

Even more important as proof of the marriage are the gifts which a man sends to his *ngachob* ('father-in-law'), 'in order to close the gate' (the entrance to the compound), *lig nansiung*, because these gifts seal the marriage bonds irrevocably. Usually, they consist of a hen, a hoe-blade, some tobacco and 4 pennies

---

([17]) Cf. KRÖGER 1978: 198-237.

([18]) The *akayaali*-payment of five pesewas (= pennies), called *kubi sinu*, is a symbolic gift; as a matter of fact, much more is handed over to the girl's parents (personal information of James Agalic).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(or pesewa-coins). If, however, the woman has already given birth to a child in the marriage, then instead of a hen, a sheep or a goat must be given.

In all the cases in which the marriage of a woman was being disputed, the rival men and the ' owner ' of the woman, her male relative, were asked about the *lig-nansiung* payments. If they had not been made, this was seen as a sufficient presumption for suspecting that the marriage had not been contracted.

The husband's obligations towards the parents and relatives of his wife do not end with the payment of the *Akayaali* and *lig-nansiung* gifts. There is no true bride price in livestock among the Bulsa, but the son-in-law is obligated to help his parents-in-law with the harvest from time to time.

But above all the sons-in-law are absolutely obligated to participate in the funeral ceremonies which take place in the compound of the parents-in-law Whoever does not fulfill this obligation cannot expect his wife's relatives to support him in court if his wife leaves him and finds a new husband. This is what happened in one case in which a woman left her husband because he did not participate in the funeral rites for her father. In another case the court concluded that a valid marriage had not been contracts between a man from Balansa and his wife because he had not come to the funeral of the woman's father, especially in view of the fact that he had also neglected to pay the usual wedding gifts. The ' owner ' of the woman (her older brother) complained to the court: « People died in our house and we informed them (the people in Balansa) of this, but they didn't come to ' greet ' us », i.e. to take part in the funeral.

' Greeting ' the funeral means, of course, presenting gifts to the house of the wife's parents. Thus a man reported to the court that when his father-in-law died, he went to the man's compound and bound a goat and an iron hoe-blade « to a post » (*lob zangi*), i.e. he left them as a gift: « The hoe was to belong to the (also deceased) grandmother of the woman and the animal to her father ». Later, when there were deaths in his wife's house he made gift » of a further three goats and a hoe. This was confirmed by his *sanyigmo* from the house of his wife, acting as witness on the man's behalf.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The husband must also carry out the funeral for his own wife in his house. As long as this has not taken place, he cannot make claim to a *doglie*, who is to take the place of her deceased sister. This has the decision in one case. On the other hand, the widow is obliged to remain in the house of her deceased husband until all funeral rites have been concluded ([19]).

In one case, the chief asked a woman why she had left her husband's house after he had died, before the funeral could be held. The woman gave the excuse that there was hunger in her husband's house. « Since he didn't give me anything, I could not remain ». Moreover, he had not executed the customary wedding rites for her so that she was not really married to him at all according to the traditional views.

7. *Conclusions.*

The « living law » (Eugen Ehrlich), which I was able to study among the Bulsa during two stays in Northern Ghana, is not concerned with subtle definitions of concepts such as « Law », « Justice », « Custom » or « Customary Law ». Even though the village chief as is often the case among the Bulsa, asks the litigants in a court session: « ... ká wensie yaase venta? » — « ... is that the truth or is it a lie? », he is not searching for the truth in an abstract sense, but rather his question concerns the everyday life in the village: it concerns the claim to women and children, to properties or livestock for which men contend before the court.

The manner in which these disputes are carried out is determined formally and in content by various legal traditions which find their historical origins in Africa and Europe, but which developed into forms of their own under the conditions of colonial rule and after independence.

I have tried on the basis of certain examples to show the way in which the law on the village level among the Bulsa in

([19]) A marriage retains its validity even after the death of a husband, since it is a contract which not only joins husband and wife, but also their families of origin (cf. HARVEY 1971: 154).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

West Africa interweaves traditional conceptions with newer court methods and at the same time how ' Justice ' according to traditional views is carried out in opposition to the ' law ' of Ghana, which prohibits the ' Native Courts ' created during the colonial period (which in actuality had nothing to do with the traditional court procedures before the Elders) to try cases according to the customary law of the people.

It has not been my intention here to offer any suggestions as to how the conflicts arising out of this situation could be resolved. I would only like to make an appeal that the views that now as ever characterize the concept of law in the life of a great portion of the rural African population not be arrogantly disregarded, brushed aside or even suppressed ([20]). These concepts correspond to the traditional social structures and religious views of the population and are thus more « just » than the state legislation and judicial procedure which is to a great extent modelled after foreign examples.

LITERATURE

African Studies Branch, « Colonial Office 1956 ». *The Future of Customary Law in Africa*, Symposium Amsterdam 1955. Leiden.

ALLOTT, A. N., 1960, *Essays in African Law with Special Reference to the Law of Ghana*. London.

—, 1961, « The Changing Law in a Changing Africa ». *Sociologus*, N.S. 11: 115-131.

—, 1965, « The Future of African Law », in H. and L. KUPER (Eds.), *African Law: Adaptation and Development*. Berkeley and Los Angeles.

BRAIN, J., « Ancestors and Elders in Africa - Further Thoughts ». *Africa* (London), 43: 122-133.

CARDINALL, A. W., 1920, *The Natives of the Northern Territories of the Gold Coast*. London.

DANIELS, W. C., 1962, « West Africa », in A. N. ALLOTT (Ed.), *Judicial and Legal Systems in Africa*. London.

([20]) Cf. ALLOTT 1961: 115; 1965: 232-233.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

—, 1964, *The Common Law in West Africa*. London.

HAMER, J. H., 1976, « Myth, Ritual and the Authority of Elders in an Ethiopian Society ». *Africa* 46: 327-339.

HARVEY, W. B., 1966, *Law and Social Change in Ghana*. Princeton, New Jersey.

—, 1968, « Post-Nkrumah Ghana: The Legal Profile of a Coup », in T. W. HUTCHINSON (Ed.), *Africa and Law*. Madison, Milwaukee and London.

KOPYTOFF, I., 1971, « Ancestors as Elders in Africa ». *Africa* 41: 128-142.

KRÖGER, F., 1978, *Übergangsriten im Wandel - Kindheit, Reife und Heirat bei den Bulsa in Nord-Ghana*. Kulturanthropologische Studien Bd. 1, Hohenschäftlarn bei München.

KURCZEWSKI, J. and A. PODGÓRECKI, 1975, *The Disparity of Law and Social Reality*. *Kroniek van Afrika*, vol. 4, Special Issue, Leiden.

MANOUKIAN, M., 1951, « Tribes of the Northern Territories of the Gold Coast », in D. FORDE (Ed.), *Ethnographic Survey of Africa, Western Africa*, Part V, London.

MENDONSA, E. L., 1976, « Elders, Office Holders and Ancestors among the Sisale of Northern Ghana ». *Africa* 46: 57-65.

RATTRAY, R. S., 1932, *The Tribes of the Ashanti Hinterland*. 2 vols., Oxford.

SANGREE, Walter H., 1974, « Youths as Elders and Infants as Ancestors: the Complementarity of Alternate Generations, both Living and Dead, in Tiriki, Kenya, and Irigwe, Nigeria ». *Africa* 44: 65-70.

SCHOTT, R., 1970, *Aus Leben und Dichtung eines westafrikanischen Bauernvolkes. Ergebnisse völkerkundlicher Forschungen bei den Bulsa in Nord-Ghana 1966/67. Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaften*, Heft 163, Cologne and Opladen.

—, 1973/74, « Haus- und Wildtiere in der Religion der Bulsa (Nord-Ghana) ». *Paideuma* 19/20: 280-306.

—, 1977, « Sources for a History of the Bulsa in Northern Ghana ». *Paideuma* 23: 141-168.

—, 1978, « Das Recht gegen das Gesetz: Traditionelle Vorstellungen und moderne Rechtsprechung bei den Bulsa in Nord-Ghana », in *Festschrift für Helmut Schelsky*, ed. by F. Kaulbach and W. Krawietz, p. 605-636, Berlin.

—, 1980 a, « Justice versus the Law: Traditional and Modern Jurisdiction among the Bulsa of Northern Ghana », in *Law and State - A Biannual Collection of Recent German Contributions to these Fields*. Vol. 21: 121-133, Tübingen. (Abridged English version of Schott 1978).

—, 1980 b, « Le droit contre la loi: conceptions traditionelles et juridictions actuelle chez les Bulsa au Ghana du Nord », in G. CONAC (Ed.), *Dynamiques et finalités des Droits africains*, p. 279-306, Paris. (French version of Schott 1978).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

—, 1980 c, « Triviales und Transzendentes: Einige Aspekte afrikanischer Rechtstraditionen unter besonderer Berücksichtigung der Bulsa in Nord-Ghana », in W. FIKENTSCHER, H. FRANKE and O. KÖHLER (Eds.), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen, Historische Anthropologie*, vol. 2, p. 265-301, Freiburg and Munich.

TAUXIER, L., 1912, *Le noir du Soudan - Pays Mossi et Gourounsi*. Paris.

—, 1924, *Nouvelles Notes sur le Mossi et le Gourounsi*. Paris.

VERDIER, R., 1963, « Ethnologie et droits africains ». *Journal de la Société des Africanistes*, 33: 105-128.

ZWERNEMANN, J., 1968, *Die Erde in Vorstellungswelt und Kultpraktiken der sudanischen Völker*. Berlin.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SANDRA BURMAN

LEGISLATION FOR SOCIAL CHANGE IN A 'MULTI-CULTURAL' SOCIETY (*)

It is widely accepted today as an ideal of most legal systems that law should not only ensure order in society, but should also protect the individual from oppression by the state or other individuals, and should ensure equality of treatment for all in the society. The Universal Declaration of Human Rights, to which the majority of nations in the world are signatories, is based upon these premises. For historical reasons, the underlying mode of thought embodied in the Declaration takes the individual as the basic unit to be protected and assumes that the law should treat all in exactly the same way, blind to colour, religious affiliation, and political status. Where the law fails to act in this way, it is held to have failed to approximate to the ideal.

However, of late it has been increasingly recognized that law is a product and tool of society, and does not exist independently of it. Where societies are composed of very diverse ethnic or other groups, ignoring this reality frequently leads to distortions of justice, especially as some groups in such societies often feel that they are disadvantaged. It has been argued even in America, a country committed to individualism, that in very special cir-

(*) I am indebted to Professor T. Bennett and Professor P. Flemming for helpful comments on preliminary drafts of this article. Research on which this paper was based was sponsored by the Anglo-American and De Beers Chairman's Fund, the British Academy, the Human Sciences Research Council, the Centre for Inter-group Studies, the Harry Oppenheimer Institute for African Studies, Lady Margaret Hall, Oxford, the Nuffield Foundation, the Social Science Research Council, and the University of Cape Town Research Committee.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cumstances, where a group has been systematically discriminated against for many years, as happened to the American black population, members of the group are so psychologically and educationally disadvantaged in open competition with the rest of the population that to insist on equal treatment results in a perpetuation of their existing disadvantages and entrenches the injustices. The solution that has been proposed for this is a system of group rights, which provides for positive discrimination in the form of quota systems to ensure that the disadvantaged groups do not always have to compete against the rest. In America group rights have in a few situations been given the force of law and have already given rise to considerable debate as to whether protection of groups in this way does not deprive the rest of the population of rights. On the other hand, some countries, such as Canada, Malaysia, or Belgium, operate on a legal theory that is based on a theory of group rights. They each see themselves as a confederation of groups which will remain permanently in existence and whose group rights must be protected. The hotly debated question is: for which societies is such a system beneficial, if any, and when. Glazer (1978: 101-2), in a thoughtful discussion of the problem, argued that:

> If in a society the groups are sharply divided from each other, so that their boundaries are clear, are firmly set by law or custom, are not expected to become permeable and if they live in a long historical tradition in which group identification has been used and is used for purposes of discrimination and separation, there may be no alternative: special preferences are necessary to protect the inferior group and for inter-group harmony. Thus one must determine an issue of fact. But one must also determine an issue of direction. Because if inferiority and difference are being overcome, one must consider the negative consequences of selecting the path of group rights and preferences, and one would wish to avoid them if one can ... If we choose the group rights approach we say that the differences between groups are so great that they cannot achieve satisfaction on the basis of individual rights. We say, too, that — whether we want to or not — we will permanently section the society into ethnic groups by law. Even if advocates of group rights claim this is a temporary solution to problems of inequality, as they do in India and in the United

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> States, it is inconceivable to me that benefits given in law on the basis of group membership will not strengthen groups, will not make necessary the policing of their boundaries, and will not become permanent in a democratic society, where benefits one given cannot be withdrawn.

It sounds very convincing in the contexts in which Glazer is speaking. My problem is that he does not seem to me to be dealing with the existing situation in many Third World countries, particularly in Africa. In this paper I shall explain why I feel that his division of societies into two types in this way is dubious for such countries, and why as a result I see some additional major problems in implementing social reform legislation in many countries, even assuming an unambiguous desire by the countries to do so. Finally, I shall conclude with a suggestion for at least a first step towards overcoming these problems. To do this, I propose partly to draw on fieldwork from what, at first sight, appears a very odd source for a discussion of human rights — South Africa — but I hope it will become apparent in the course of the discussion why I think the situation there illuminates many points that need to be made.

1. *Clashing Norms.*

South Africa, strange as it sounds, claims that its legal system is based on a theory of group rights. It holds that certain groups have such differing social systems and sets of norms that they can co-exist only in a confederation in which each group has its own state in which it can practice its own way of life. 'Apartheid' literally translates as 'separateness' or, as the government will have it, separate development. Ironically, given its present implementation, its intellectual origins can be traced back, though not exclusively, to liberals anxious to protect the indigenous population from colonial rulers and Dutch farmers unsympathetic to a different way of life. Large-scale rule of African groups occurred in what is today South Africa only after the British had taken the Cape Colony from the Dutch in 1806, and the initial British policy was to insist that only colonial law be

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

applied to all people within the British territory — a modified version of Roman Dutch Law, with English criminal law. This law incorporated the individualistic norms of the type embodied in the Declaration of Human Rights. African law, on the other hand, and the society from which it arose, took as its basic unit the extended family group. Thus, for example, the British saw themselves as extending human rights when they decreed that women as well as men should be treated as majors, able to be guardians of their own children if their husbands died and able to own property. The male heads of families, however, saw it as a gross attack on their 'official' rights and those of the whole family group, of which the women were a part. For the most part the colonial law was simply ignored by the African population, but where it was resorted to (as it increasingly was with the penetration of mercantile capital and missionary influence), there was considerable resulting dislocation in both the family group and larger social units. This led the missionaries to campaign for colonial recognition of indigenous law, which eventually occurred — though largely when it was realized that recognition of indigenous law promoted colonial social control (Welsh, 1971; Saunders, 1978; Burman, 1976, 1981).

This brings me to my first point. Where different groups in the society are organized at a basic level according to very different principles, Article 12 of the Declaration of Human Rights takes on a new meaning when it states that 'no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attack'. When this is read in conjunction with Article 8 of the Declaration — 'everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law' — it seems fairly clear that, while the groups remain distinct, a unitary system of law cannot fulfil either the spirit or letter of the Declaration. And this, of course, is where the problems begin. Once one descends from the comfortable heights of generalizations to the details of reconciling systems which often also have clashing norms, deductive reasoning becomes

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

useless and, at worst, misleading, without detailed social research as to how people are actually living.

Nor is this purely a colonial problem. There are many societies today where differences between the educated elite and most or a large section of the population are so great that the imposition of a unified legal system, almost invariably that of the educated elite, must inevitably create great injustices for individuals and groups for at least another generation. While the literature on Africa provides many clearcut examples, one need not look only to Africa for this. In most such countries where the elite's norms are embodied in legislation, the reaction of the mass of the population is much the same as that in the nineteenth century Cape Colony — to ignore many of the reforms. The resulting uncertainty as to what law will actually operate in a given situation sends all law into disrepute.

2. *The Problem of Social Change.*

However, this is only the beginning of the problem, for virtually all the societies under discussion are in a process of rapid industrialization, urbanization, and very basic socio-cultural change. Frequently their proclaimed long-term aim is a unified nation. Moreover, many people are moving between two very different and clashing sets of norms, operating according to one set for some sectors of their lives, according to another for a different sector, and maybe according to an amalgam of both. Despite legislatures' tendency to reify culture and the legal systems that go with them, people faced with a changing world are influenced by both their altered circumstances and their beliefs or view of the way they and their society should behave. The former does not necessarily change the latter, or not immediately, which makes for unpredictability: people adapt their behaviour both to their situation and according to systems of meaning that may derive from an earlier era but which do not necessarily get discarded at the same rate and the same time as material conditions change. An illustration of the type of problems which arise is provided by maintenance cases in the commissioner's court in Cape Town.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Child maintenance for an illegitimate child may be claimed under the South African Roman-Dutch law by the mother. A father is not obliged to pay maintenance under that system, however, if he has already provided for the child under indigenous customary law. When an illegitimate child is born among the Xhosa in the Cape, under customary law a man is liable to pay seduction damages (five head of cattle according to the version of Xhosa law adopted by the official system). Payment is made to the girl's guardian, since women are perpetual minors. If the man pays an extra beast for *isondlo*, he can adopt the child into his family. *Isondlo* is a repayment to the girl's guardian for maintenance of the child. However, according to official Xhosa law, only one beast is payable irrespective of the sex, legitimacy, or age of the child when the payment is made, unless it is not yet weaned, in which case no payment is claimable. Actual expenditure incurred in keeping the child until it is claimed is irrelevant. In an earlier period payment was normally in cattle, but cows are now usually represented by a sum of money agreed by the families, and the sum agreed may bear no relation to the actual market value of cows. A defence, therefore, to a maintenance claim by a mother under Roman-Dutch law is that tehe two families have already agreed under customary law on the payment of six head of cattle to cover the compensation for seduction and the additional *isondlo* payment, and that the man has paid or is in the process of paying an amount agreed to represent the six cows. He is then exempted from payment under the Roman-Dutch law. In one case observed (Cape Town Maintenance Court, 23 June 1981), which, according to the commissioner, was not unusual, it rapidly became evident that although both families had viewed themselves as operating in terms of customary law as they had encountered it, this was not necessarily as it had been set down in the rural context in which it had originally been recorded many decades before. This was especially the case with the man's family, which had been in Cape Town for thirty-two years.

According to the evidence, the girl's family, on learning who the father of her child was, had gone to the man's family to report the pregnancy, in accordance with customary law, and an

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

increasingly heated discussion had ensued. Eventually the man's family paid the girl's family a sum of fifty rand ' to make them go away ', according to the girl's father. The girl's family had apparently operated on the assumption that, as this was the ' reporting of the pregnancy ' and not a customary formal meeting to decide the amount of the payment, any payment could not be one towards compensation or *isondlo*. The man's family appeared rather vague as to how many beasts the money had represented, but were quite sure that it had been accepted on the basis that, with an additional amount to be decided at a further meeting, the money was being paid in settlement of damages and the *isondlo* payment. The commissioner was left with the unenviable task of deciding whether or not it had been a payment towards six beasts under customary law, agreed payment towards compensation under customary law for seduction only, or some other form of payment. If it had been a payment towards six beasts, the girl's family, having accepted the arrangement, had no right to sue for maintenance under the Roman-Dutch Law. However, from the way in which the witnesses reported the matter, it was far from clear that they had considered the payment in terms of cattle at all, until forced to do so by the way in which the law was framed and presented to them in court. Probably neither family was operating within a ' pure ' form of customary law as laid down in the text books, and quite possibly each family's version of Xhosa customary law differed from the other.

Moreover, provision that a cow would pay for the maintenance of a child might have reflected reality well enough in a subsistence economy where children began work at seven or eight, herding cattle or helping in the house, but is completely unrealistic in urban South Africa today. It is perfectly possible that the mother, left to bring up the child with only the limited family support possible from a poor parental urban background, may well have had a different view from her more traditional parents (who had received the money) of what a just solution to the case would be. It may be that no court could have given a judgement which all the parties involved would have felt to be just, but it is quite clear that imposing an outmoded frame-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

work of law on the new reality of urban family life could not possibly produce such a result.

Which brings me to my next point. Insisting that sections of the society which are modernizing should remain forever locked into set ethnic categories and law, especially customary law recorded at an arbitrary moment in time and frozen forever at that point of development, is totally to misunderstand the nature of social structure, culture, and law (see eg Radcliffe-Brown, 1940; Comaroff and Roberts, 1981; Sharp and West, 1982; Sharp, 1984). It can be as great an abuse of human rights as the reverse procedure. In South Africa it is possible by one's actions to opt out of the operation of customary law but not to escape the effects of other group 'rights' legislation, which control such aspects as where certain groups may live, whom they may marry, or with whom they may have sexual relations. The underlying assumption is the same — that one cannot change one's culture or group membership. This is the essential fallacy at the root of South Africa's justification of its group legislation: the insistence that it is possible to define neat ethnic categories in conditions of rapid social change, and that nobody can change from one to another (1) or fail to fit neatly into one or other of the possibilities provided for them. The South African example is an awful warning of how the concept of group rights can be abused, but it should not blind us to the very real need in certain circumstances for group rights in the form of recognition of customary law. The problem is how to cope with the legal uncertainty that legal provision for rapid social change generates in such situations. One needs to be able to adapt the customary law as conditions change, and also to allow people to move into the alternative civil law system for those legal arrangements for which they wish to use it. Moreover, one needs a mechanism which allows the court to take into consideration the effect of

(1) Despite the ostensible rigidity of the race classification system, according to the annual report of the Department of Internal Affairs, during the period July 1981 to June 1982 (the latest published by the South African Institute of Race Relations) the department dealt with 1189 applications for race reclassification. Of these, 997 were approved.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

customary law 'carry-overs' into the lives of litigants operating under the civil law. I shall deal briefly with each in turn.

2a. *Adapting Customary Law.*

In South Africa customary law has become inextricably entangled with the use by government of 'tribalism' as a mechanism for social control (Simons, 1961; Mbeki, 1964). As a result, the government supporters, who comprise the overwhelming bulk of the legislators, are unlikely to be enthusiasts for 'modernizing' customary law. Reform of this law therefore effectively has to wait on adaptation by the courts. In other countries, however, this need not be the case. What is true is that in small-scale units at a local level customary law operates very differently from that usually envisaged by modern legislatures. Comaroff and Roberts (1981), for example, have shown in their study of customary law in Botswana how there are a variety of different norms available for many situations, depending on how the facts are construed, and how the judge of the village court is able to select from them what seems appropriate for the situation. The law therefore adapts imperceptibly. This flexibility, adaptability to social change, case-specific interpretation, and consideration of a very wide range of contextual data are all fundamental to the character of customary law. It is once laws are codified that problems arise, since without legislative intervention, the code limits the ability of the courts to adapt the law to changing circumstances. In South Africa, as a result of the English colonial influence, the Roman-Dutch Law of procedure has been heavily influenced by the doctrine of precedent. In the commissioners' courts, which are empowered to apply customary law, precedent, in so far as it is used, acts as a conservative force. White commissioners (and practically all are white) are loath to face the time-consuming and frequently baffling task of hearing expert witnesses on changes in customary law (the value of whose evidence would anyway, in the light of Comaroff's and Roberts' findings, be of dubious value). The difficulties of this mode of trying to adapt customary law should not be under-rated. An 1875 newspaper description of the pro-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blems of a magistrate confronted with conflicting evidence on whether a custom was still observed remains accurate today (*Graham's Town Journal*, 21 May 1875: second editorial):

> a large array of witnesses was mustered on either side — any number being available to say it is, and as many to say it isn't. If the subject were not too serious, we might remark that much amusement would have been furnished by seeing a regiment of witnesses, technically called experts, marched one after another into the box to testify to the affirmative, and a second regiment to swear to the negative, while individuals would have pointed out that the custom was recognized by the Gaikas, but repudiated by the Hlambies and, if adopted at all by the Fingoes, was laid aside on the decease of a particular chief. That where a Kafir Magistrate had enforced it in one case, he had rejected it in another; that owing to circumstances of a particular native the custom did not apply in this case, and so on *ad infinitum*, ...

Moreover, in September 1984 the commissioners' courts were amalgamated with the magistrates' courts, but magistrates do not necessarily have any customary law training. The outlook for customary law in South Africa is therefore uncertain. Far more hopeful would appear to be the attempt of neighbouring countries to utilize the services of legal academics such as Roberts (1970, 1972) in Botswana, and Palmer and Poulter (1972, 1979) in Lesotho, who are able to use anthropological techniques to examine the operation of the law and advise on legislative modification in it.

2b. *Moving between Legal Systems.*

In the past South Africa tried at least two different methods by which individuals could acquire exemption from customary law. Natal, for political reasons, had a test which was so exacting that it took eleven years before anyone qualified for letters of exemption. In the Cape, on the other hand, there was purely a property qualification (Simons, 1968). However, both methods led to transfer from one legal system to another — so much so that in Natal an 'exempted' African could be fined £ 50 or two

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

years imprisonment for entering into a customary law marriage. Such methods are not satisfactory in that they fail to cope with the problem that some people opt for one legal system with one part of their lives, such as marriage, but subscribe to the other legal system for contracts of sale, for example. The current South African way of coping with this is to give the commissioners' (and now the magistrates') courts a discretion to apply customary law as a system of law in proceedings involving a question of African custom (S 11 (1) and S 10 (2) of Act 38 of 1927). It was thought that Africans, by such actions as entering into a marriage under customary law, would indicate what legal system they favoured for each type of transaction. The principle sounds simple but, as with so many attempts to apply principles to the complex real world, the legal complications that result lead to some very odd situations in the courts. For example, some transactions are common to both systems, such as contracts of sale, exchange, and loan, and the court may be reduced to intricate analysis of the terms of the contract to decide under which system the contract was made. As the leading text book on the subject (Bekker and Coertze, 1982: 56) states rather despairingly:

> If this affords no solution, the court takes into account the environment of the parties; where this is tribal the court will lean in favour of applying customary law, as the parties are more likely to have had in mind their traditional, familiar customs, rather than the newer and stranger law of the land.

Quite what constitutes 'tribal' in as rapidly changing a society as South Africa, with a long history of male migrant labour and oscillating migration of families to the town, is far from clar. The same type of problem may arise in even more complex form when the claim before the court results from behaviour that involved no decision on what contractual system was being followed, such as in cases of seduction. As this and many other situations involve the question of the legal capacity of women, a question over which the two legal systems have directly conflicting views, some particularly bizarre situations arise as a result of the courts' attempts to find some firm guideline as to which

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

system should be applied in what cases. In maintenance cases where the mother was unmarried, for example, the Cape Appeal Court for commissioners' courts has used the criterion of whether the woman's parentes were married by customary law. If so, the woman, although a major according to the law of the land, may not sue the natural father of her child under civil law for its maintenance; only her guardian may do so (Bekker and Coertze, 1982: 55) (2). Behind this decision is an assumption that there is no major generation gap — an assumption that reference to social research even in 1946, when this precedent was set, would have prevented. Not only more social research, but training of lawyers and judicial officers of how to use and assess it, is essential in such situations.

I am not arguing that such research and training will solve all problems. When one is trying to safeguard everyone's rights under conflicting systems with conflicting claims, satisfaction of all claims may be impossible. But it may also be that the law's attempts to reconcile claims are based, as above, on a misunderstanding of the existing situation, or else the guideline being used may once have achieved justice but no longer does so under changing circumstances. A common example of the latter is provided where a man with a customary union wife subsequently marries another woman by civil law.

Historically, as this became more common with the spread of Christianity in South Africa, it became essential to safeguard the rights of children from the earlier customary union, or they would have been automatically disinherited by their father, since the civil law of succession did not recognize the customary union or the legitimacy of the children from it. To prevent this, legislation was introduced which provides that where there has

(2) *Lebona* v *Ramokone* 1946 NAC (C & O) 14. Even more bizarre is the fact that, as a result of conflicting court decisions, the same situation is treated differently in Natal. The Transvaal and Natal courts have laid down that an unmarried woman may bring an action against her child's natural father for maintenance, and that, if she does so, the court is bound to apply common law. See *Nzimande* v *Phungula* 1951 NAC (N-E) 386; *Maluleka* v *Thipe* 1953 NAC (C) 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

been a pre-existing customary union, the husband's property shall nonetheless devolve according to customary law. By customary law a woman cannot own property and the husband's estate devolves according to the African law of succession to his male relatives in a given order. This applies even (as frequently happens) if the civil law wife worked throughout the marriage, bought all the household food, and paid the rent and other household expenses. The heir has obligations to provide for the widow, but only at his place of residence — which may, given the patterns of African urbanization, be a rural area far from an urbanized widow's children, friends, home or past experience. The government may declare that provision has been made for all widows, but the reality, judging from fieldwork, is rather different. Many widows choose, rather than go to live with unknown in-laws in a strange rural area, to stay in the city despite the extreme material hardships they face in being without support and, frequently, without jobs: given South African influx control to the cities, their residence there usually becomes illegal and they become unemployable. If the law is to keep pace with the reality of urbanization, a new solution must be found. And the first step must, of necessity, be research to establish what the real possibilities now are.

2c. *Coping with the interaction of two different systems.*

Social research is also clearly needed even to attempt to forecast the effects on legislation of interaction between two legal systems. In South Africa many Africans act under one legal system but retain beliefs or social institutions which result in the law operating in ways not envisaged by the legislature. A fairly frequent example of beliefs retained is seen in the civil law divorce court for Africans in that people married under Roman-Dutch law seek a divorce under that system on grounds of witchcraft. Court observation and fieldwork interviews showed a widespread persistence in witchcraft beliefs, even among well-educated people, and revealed such varying cases as a husband wanting to divorce his wife because a witchdoctor had said that the wife wanted to kill him; of a wife being divorced because she

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

had accused her mother-in-law of being a witch (a very serious allegation in societies which believe in witchcraft); of a husband seeking a divorce because his wife had accused him of being a witch, 'proved' by his alleged incestuous behaviour with his daughter; of both husbands and wives accusing each other of attempted poisoning with medicines supplied by witchdoctors; of one husband justifying his excessive violence towards his wife on the grounds that the house was haunted, and of several spouses attributing adultery to the fact that they or their spouses had literally been bewitched. Irrespective of the sincerity of a particular claim, it is clear that witchcraft beliefs are still widespread and genuinely held, and in the African divorce court such allegations are today taken as constituting proof that the marriage has irretrievably broken down.

Similarly, a prime example of a surviving social institution from one system affecting the operation of another is that of *lobola*, or bridewealth, which has continued to flourish and is given in virtually all civil law marriages too. Research has shown that its effects on civil marriages are far-reaching, frequently affecting *inter alia* marital relations between the couple, marital support, relations between the wife and her family, relations of the children to their grandparents, and maintenance and custody after divorce (Burman, 1984a; 1984b).

3. *The Problem of Reform and Human Rights.*

It is clear that the movement from one social and legal way of organizing society is often not even, rapid or, at the micro level, predictable. Major dislocations and injustices occur even when conservative rather than abolitionist policies are adopted towards customary law. Yet, given the needs for economic development (which is often retarded by practices stemming from differently organized societies), as well as the frequently strong feeling by educated elites of the society that certain institutions and customs are undesirable, legal reform is in many cases imposed on divided societies 'for their own good'. Examples in Africa and other parts of the Third World are multitudinous. To take one example, India's extensive programme of social

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reform laws since 1947 was intended to bring equality of opportunity to all Indians. Apart from directly economic measures, there has been such legislation as that prohibiting the giving of dowry to bridegrooms, trafficking in women and children, and the practice of untouchability — all part of a normative system not based in individualism. Yet it is clear that on all these points, and similarly, in many African cases, legislation has failed to curb the practices it is designed to abolish. We know in outline some of the factors which play a part, such as difficulties with access to the law, bureaucratic obstructions, faulty legislation, and ignorance of the legal reforms (eg Murickan, 1975; *Manushi*, 1979), but the nuances of these are largely unknown. Equally important, research has shown that people will not tamely submit to what they regard as unjust laws, and will usually fight back with whatever manipulatory means they have at their disposal (Kidder, 1979), yet we have very little research on such crucial relationships in Third World societies as that between the effective implementation of a law and people's perception of its justice.

Elsewhere (Burman, 1978) I have suggested that psychological equity theory provides a useful tool for trying to understand how societies operate in relationship to perceptions of justice. In very simplified and abbreviated form, most if not all societies today operate with competing concepts of justice — equity, equality, and need. Equity is based on the rewarding or penalizing of individuals according to their production or contribution to the group, including their behaviour along this norm towards each other. Societal norms of equitable distribution become internalized and perceived violations of internalized norms, as well as fear of retaliation, create distress — the reaction that something is unjust. This is the underlying norm for a free enterprise system. Equality is the norm of society treating each individual as of equal value, with equal rights of each type (the underlying principle of the Declaration of Human Rights). Obviously, on occasion, it can come into conflict with norms of equitable distribution, as it can with the distributive principle of need. This last norm takes as its starting point the acknowledgements that individuals are not necessarily equal in inherent or property

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

endowments, but are entitled to be put on at least a given economic minimum level, and ideally should be given all they need economically to realize their full potential (the underlying main principle to the American group rights debate). Deutsch (1975: 146) suggested that the primary orientation of the group determined which value was adopted as its distributional base. He points out that 'most actual groups will have more than one orientation and, in so far as they do, they will experience conflict between themselves unless they can segregate the contexts and situations in which the different orientations come into play or unless they can make one orientation dominant over others'. What produces these conflicting orientations is a matter for empirical research, but they do not arise only where people adopt the values of a foreign culture. The heatedness of the American debate on group rights is an indication of the prevalence in the United States of both the equality and need principles of justice. The predictions of the psychologists writing in this field of what the consequences will be of a change in a group's primary distributive principle are outside the scope of this paper. The point I wish to stress here is that until the principles according to which different groups operate in different situations are understood, social legislation has very little chance of success without resorting to major use of either the stick or carrot, or both — and by any standards, the large-scale use of the stick is likely to result in violation of human rights.

Further, detailed social research is needed not only to understand what distributional principles are used in each situation, but what factors each system allows to count in whatever scales of justice are being used. Which inputs are recognized as legitimate or relevant are determined by the culture resulting from the organization and history of a society, and disagreement over this can easily produce the kind of legal disagreement which looks confusingly like disagreement over norms of justice. The type of witchcraft beliefs cited above may help to clarify the point. In South Africa before 1979 (when no-fault divorce law was introduced) both the customary and civil law held that when a wife without cause deserted the marital home and refused to return, the husband could legitimately seek to have the marriage

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contract dissolved on terms disadvantageous to the guilty party, whether that were the wife or, as in the African case, her family group, who had made the contract and were held responsible for returning her to her husband. There was therefore no disagreement between the two systems as to the principle of distributive justice which was applicable, or the propositions which logically flowed from it. However, what counted as malicious desertion (as opposed to being driven out of the marital home without good cause, and therefore innocent) was affected by the belief systems of each group. In African society as it existed prior to missionaries, industrialization and urbanization, a belief in witches responsible for many of the afflictions of individuals or even societies was an integral part of the belief system — as it had been earlier in Europe. As mentioned above, for many the beliefs still continue. Whether a system would recognize fear of being bewitched as justification for leaving the marital home was therefore closely bound up in each society's belief system. An accusation by the husband that his wife was practicing witchcraft would not alone have been grounds for constructive desertion by the husband in South African Roman-Dutch Law. By comparison, in African customary law such an accusation was probably the most serious offence which a husband could commit against his wife, apart from murder, and entitled her to refuse ever to return to him (Bekker and Coertze, 1982: 190). In a village, and even in urban areas today, accusations of witchcraft may be followed by serious social repercussions for the alleged witch, and even murderous attacks on her — or him (eg *Cape Times* 27 Nov. 1981, 30 Apr. 1983, 6 Jan. 1984). However, since people do not live in neatly delimited belief systems, many African who believed in witchcraft married by civil law. Such spouses could find themselves being divorced for desertion (with all the penalties that entailed) for, in their view, simply protecting their lives by leaving the marital home.

The problem of what inputs of this nature are regarded as relevant and legitimate is not a minor problem for reforming legislatures. It is often not possible simply to change an input; a change of a large part of a group's culture may be involved. It is a pointless exercise to try, for example, as colonial and sub-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sequent administrators have attempted to do, to show believers in witchcraft that it is possible to ignore the person alleged to be a witch and yet remain unscathed. If a belief system involves a view of the world in which all disasters come from evil spirits or witches, future disasters will simply be attributed to not taking suitable measures against the witch in the first place. For reforming legislation to have a good chance of success, it is therefore usually necessary to understand the distributional principles applied in the relevant case, the inputs which can be regarded as legitimate, and the underlying belief systems involved, and the effects on these of changing economic and social circumstances.

4. *Researching for Legal Change.*

To be able to undertake the necessary social investigation, a suitably sensitive method of research is necessary. Empirical research by law shools is still a rarity outside America, and what they do is usually sociological (rather than anthropological) in the sense of using questionaires in surveys to obtain information. While it is very useful to be able to quantify some factors, such as the workload of courts, how long they take to dispose of a case, or the number of people making various types of claims, I quote from a highly readable paper by Dhagamwar (1980) on the problems of collecting such information in rural India — much of which rings equally true for research in many areas of South Africa and elsewhere in the world.

> Broadly speaking, the problems the would-be researcher faces fall into two broad categories:
>
> 1. He does not know enough about villages to know what to ask.
>
> 2. The villagers do not trust him for he is an outsider and a stranger.
>
> There has been enough work done on caste and on village India by antrhopologists for us to be aware that the rural world is quite alien to the urban researcher, even though he might be an Indian himself. The world he deals with is so much outside his experience that it is not possible for him to aks meaningful, *sensible* questions and to elicit satisfactory answers. He must first fumble and explore and acquire a ge-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> neral understanding of the universe he has chosen to move in, before he can begin collecting his quantifiable data. If he is willing to be around, to observe, to pick up, at least in the beginning, such information as comes his way, he may learn far more than if he goes in with a prepared set of questions.

Dhagamwar gives a number of vivid examples to illustrate the impossibility of framing the kinds of questions to elicit the information necessary to build up a picture of social organization at village level, and why this information is absolutely essential for any study of law in rural India. She then goes on to point out that, where a researcher is in a completely new environment, there are important facts on which surveys fail to get information because the drafters would not know, without anthropological-type fieldwork, that those facts exist. An example from my own fieldword was provided by the discovery, while taking detailed life-histories, of the high incidence of marriage by capture both in one rural area from which many Cape Town African come, and also, as a result, in the squatter camps and the most recent of the urban townships of Cape Town. None of the people from the other townships had even mentioned its existence in Cape Town, since it was so infrequent in the long-established townships that it was viewed as an occasional aberration. The (white) clerk of the civil law divorce court for Africans, who is based in Cape Town, did not even know of its existence, and nor did the (white) president of the court, which, in the period when interviews took place, came to Cape Town on circuit four times a year.

Let me cite Dhagamwar again in dealing with the second problem she lists above:

> The second problem a researcher faces is something he is not even aware of from his university rooms. People don't trust us. We are outsiders. We are city-dwellers and we are altogether an unknown quantity. If we turn up and start asking questions we are liable to meet with indifference, or even hostility. At that if we start taking down notes the situation is likely to become quite ugly. They like to know who [we] are, and why we are asking those questions. But, and this makes it difficult, they are unlikely to confront us with their doubts. Instead, they will probably greet us with silence. If

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> they talk their words will give away nothing. I had this experience in the Chambal Valley, when I walked into an untouchable ghetto. People came forward to greet me, and stood around me in a semi-circle. In answer to my point-blank questions their spokesman said that all was well with them, that they had no problems whatsoever. Coming from an area notorious for atrocities on the untouchables this was difficult to accept. Yet, faced with their smiling, bland non-cooperation there was nothing I could do. Looking back on the incident after 15 years, I am not surprised by their behaviour. No one they knew had vouched for me. They were not to know that, were they to confide in me, I would not report them, and bring further harm to them. In that situation they acted in the only possible way. Neither confiding, nor hostile. Just blandly non-cooperative.

She goes on to discuss other reasons why one may not get correct answers to one's questions, all very familiar to those who try to administer questionaires in Third-World countries: the difficulties people from a culture that does not set great store by timekeeping have in being exact about age and other time-related questions; the problems with answers on annual income and expenditure when regular work and/or income is absent. There are also problems with questions where status demands that the shameful facts should not be admitted. She cites the fact that in India women may be ashamed to admit they do paid work and men to admit that they have sent their wives out to work. Only an observer living in the village will eventually be able to discover the true situation, without asking obvious questions, or asking questions only when eventually accepted. Similarly, even in urban South Africa, married African women, especially the more recently urbanized, will not usually admit to the fact if no bridewealth was paid for them. Rather, they will tell you, often in detail, about the cattle sent and the money paid. It is frequently only by getting to know the people involved over a long period of time that the facts may eventually emerge. Thirdly, Dhagamwar vividly describes the impossibility of interrogating a man or woman alone in a village. 'The arrival of the researcher is an event. No sooner does he start asking questions than people begin collecting to listen, and

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

even to contribute their comments '. She points out people's understandable reluctance to supply such information as their incomes or their husband's mistreatment in front of all the neighbours. ' The researcher will go away; she [the informant] will have to face the music. If, however, one lives in that area, one can ask questions as and when the opportunity arises, which it does when the researcher is no longer a nine day wonder, for people to collect wherever he goes '.

Dhagamwar not only stresses the advantages of anthropological observation, despite the tendency of lawyers to regard such methods of observation as lacking in objectivity of method. She points out the real lack of neutrality of ostensibly neutral questionaires used in rural India. They depend on scales devised by the researcher according to his own experience and opinions, not necessarily those of the people to whom the questionaire is administered. Moreover, one cannot obtain any co-operation in a village without being introduced by someone, but that someone will belong to a group — which inevitably produces suspicion in the other group(s). Much of this rings true for South Africa. Yet in a country, of which South Africa is probably the most extreme example, where groups are deliberately kept seperate, where by law they cannot live together, be schooled together, or intermarry, it is of prime importance to find methods of bridging the gap between groups to be able to understand how the law is actually functioning. To achieve this, Dhagamwar goes further and advocates participant observation, even though the method does not purport to be value-neutral. Her exposition of why she advocates it, given the situation of a would-be university researcher, is so eloquent that I cannot do better than quote her again:

> A second facet of the same problem can best be summed up by the reminder to oneself — « I stand up in my skin ». Not only does it mean that I have a certain outward appearance which identifies me with a particular group. It also means that I have certain traits that belong to that group. I am educated, I have money, I have contacts. I am at ease in cities, it is no problem for me to write a letter, to talk to a Government official, to catch a taxi. If I need a cup of tea I walk into a tea-shop, something no village woman of any group

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> will do. Unlike the poor man I do not feel impelled to put down my money first, nor gulp my tea as though I were on the run. However simple my clothes, my bearing sets me apart. In other words, I am partisan, whether or not I realise it. In all my ways I think and react like them. I can lay no claim to being objective or impartial simply because I carry a questionnaire which I administer to everyone in the same dead-pan way.
>
> If the observational method is faulted because it is likely to be biased, participant observation is completely outside the pale. Yet, since I stand up in my skin, I must take extra pains to understand how the other half lives. Clearly I cannot shed my literacy or my fearlessness. But if I ally myself with them I can learn what it is to them to get a letter written, to travel twenty miles, to enter a Government office or go to a shop. It is when I walk down with them at least once, a distance of eighteen miles, camp under a tree and eat the stale bread I have carried with me that I can know something of the helplessness which grips a farmer when an ALT [Agricultural Land Tribunal] barks at him to come after three days. He must either wait and starve, or he must go back and return, walking a total of fity-four miles in seventy-two hours. To be truly objective I must first understand what or who I am dealing with. For this I must lean way back, and make a special effort to leave my skin.

The more divided the society, the greater is the importance of opening the eyes of law students and law drafters to the need to 'leave their skins' (a particularly telling phrase for South Africa!), and to be taught the techniques of anthropology as a tool for doing so. Many societies in the world are divided by class, but Third World countries tend to be more divided than most — by greater discrepancies in wealth, by religion, by language, by culture, by caste. The fearfulness which the majority of even First World people experience when dealing with the ritual of their courts and even with lawyers (eg Abel-Smith et al., 1973; Cappelletti, 1978-9) is further aggravated in societies more divided by class and ethnic divisions. For them, the institutions and their personnel have an even greater strangeness. All lawyers could benefit from being sensitized in their training to the need to look at the world through other people's eyes. For those who seek to formulate legislation for Third World

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

countries in order to introduce and safeguard law reform, such understanding is essential. There are no neat intellectual solutions to how to formulate such legislation; as I hope I have demonstrated, the real world is too full of complexities to be able to predict change accurately enough by means of deductive reasoning. What is essential as a first step if such legislation is to have any chance of success is detailed social research on the operation of the society which the law aims to change. A reform of the curriculum of legal training to incorporate these skills, particularly in Third World countries, would help to ensure more sensitive, and therefore more effective, law reform programmes for the future.

REFERENCES

ABEL-SMITH, B. *et al.*, 1973, *Legal Problems and the Citizen* (Heinemann, London)

BEKKER, J. C. and COERTZE, J. J. J., 1982, *Seymour's Customary Law in Southern Africa* 4 ed. (Juta, Cape Town).

BURMAN, S. B., 1976, 'Symbolic Dimensions of the Enforcement of Law' *British Journal of Law and Society* 3, issue 2.

—, 1978, 'Justice in a Multi-Cultural Society' *Sociologia del Diritto* 2.

—, 1981, *Chiefdom Politics and Alien Law* (Macmillans, London).

—, 1984a, 'Divorce and the Disadvantaged; African Women in Urban South Africa' in *Women and Property/Women as Property*, ed. R. Hirschon (Croom Helm, London).

—, 1984b, 'The Interaction of Family Law and Legislation for Urban Africans in South Africa' *Acta Juridica* 1984.

Cape Times (a Cape Town daily newspaper).

CAPPELLETTI, M. (ed.), 1978-9, *Access to Justice* 4 vols (Sijthoffff and Noordhoffff, Alphen aan den Rijn).

COMAROFF, J. L., and ROBERTS, S. A., 1981, *Rules and Processes; The Cultural Logic of Dispute in an African Context* (University of Chicago, Chicago).

DEUTSCH, M., 1975, 'Equity, Equality and Need: what determines which value will be used as the basis of distributive justice?' *J. Social Issues* 31, no. 3.

GLAZER, N., 1978, 'Individual Rights against Group Rights' in *Human Rights*, eds E. Kamenka and A. Erh-Soon Tay (Edward Arnold, London).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

DHAGAMWAR, V., 1980, 'Sociological versus Anthropological Methods in understanding Indian Legal Reality' Paper presented to the Law and Society Association Conference at Madison, Wisconsin.

KIDDER, R., 1979, 'Towards an Integrated Theory of Imposed Law' in *The Imposition of Law*, eds S. B. Burman and B. E. Harrell-Bond (Academic Press, New York).

Manushi, 1979, (a journal about women and society) Manushi Editorial Collective (Delhi) 1.

MBEKI, G., 1964, *South Africa: Peasants' Revolt* (Penguin Books, Harmondsworth).

MURICKAN, J., 1975, 'Women in Kerala: Changing Socio-Economic Status and Self Image' in *Women in Contemporary India*, ed. A. de Souza (Manohar, Delhi).

PALMER, V. V. and POULTER, S. M., 1972, *The Legal System of Lesotho* (Michie Co. Law Publishers, Charlottesville).

POULTER, S. M., 1979, *Legal Dualism in Lesotho* (Morija Press, Morija).

RADCLIFFE-BROWN, A. R., 1940, Preface to *African Political Systems*, eds M. Fortes and E. E. Evans-Pritchard (OUP, London).

ROBERTS, S. A., 1970, *The Kgatla Law of Succession to Property* (Government Printer, Gaborone).

—, 1972, *Tswana Family Law Restatements of African Law*, No. 5 (Sweet & Maxwell, London).

SAUNDERS, C. C., 1978, 'The Annexation of the Transkeian Territories' *Archives Yearbook of South African History* 39.

SHARP, J., 1984, 'Unit of Study, Context and Culture: Towards an Historical Anthropology' Paper presented to the Conference of South African Anthropologists, Johannesburg.

SHARP, J. and WEST, M., 1982, 'Dualism, Culture and Migrant Mineworkers: A Rejoinder from Anthropology' *J. of Theology for Southern Africa.*

SIMONS, H. J., 1968, *African Women - Their Legal Status in South Africa* (C. Hurst & Co., London).

WELSH, D., 1971, *The Roots of Segregation* (OUP, Cape Town).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La dimensione giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIERO BELLINI

TEMI DI DIRITTO PUBBLICO ECCLESIASTICO NEL PENSIERO DI ANTONIO ROSMINI (*)

1. Il pensiero di Antonio Rosmini è stato studiato sotto diverse angolazioni, a diversi livelli culturali. È stato anzitutto approfondito — com'era naturale che accadesse — sul piano filosofico e teologico: dove il discorso assume toni di grande elevatezza. E questo è un campo impervio, nel quale (povero di studi filosofici, poverissimo di studi filosofici rosminiani) non mi sentirei di avventurarmi. Ma il pensiero del Rosmini è stato anche indagato — con molta perspicacia — sul piano politico e giuridico. E qui l'impresa è un po' meno ardua per un lettore del mio tipo: anche se l'immediata dipendenza del sistema pubblicistico rosminiano da certi più alti canoni teoretici — di non agevole intendimento — può portare la rozza attenzione d'un giurista a incomprensioni disdicevoli.

Di queste insufficienze chiedo perdono sin da adesso ai miei cortesi, così qualificati ascoltatori: la cui benevolenza m'è tanto necessaria. E passo senz'altro a esprimere talune considerazioni personali: a cui — pertanto — non vorrete dar altro valore se non quello di semplici impressioni suscitate in un lettore di media cultura e media intelligenza da un primo approccio critico all'opera egregia del Roveretano.

2. Tema di questo mio intervento vuol essere il pensiero del Rosmini in fatto di rapporti fra Chiesa e Stato. Meglio: vorrei

(*) Relazione tenuta a Stresa il 27 agosto 1983, nel quadro del *Decimo settimo Corso della Cattedra Rosmini*, sul tema '*Rapporti fra Stato e Chiesa*', organizzato (dal 24 al 28 agosto) dal Centro internazionale di studi rosminiani.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

portare l'attenzione su un oggetto più specifico, costituito dalle considerazioni rosminiane in tema di diritto pubblico ecclesiastico cosiddetto 'esterno'. E cioè vorrei prendere in esame il modo in cui il Filosofo intende quella parte del *ius publicum ecclesiasticum* della tradizione cattolica che — rivolgendosi ai detentori del potere politico — propone loro dei modelli normativi a cui commisurare la propria condotta di governo.

Il Rosmini (lo sappiamo) nega si possa disegnare la figura d'uno *Stato cattolico ideale*. Egli non pensa di poter privilegiare alcuna specifica *forma regiminis*: purché si tratti di sistemi che — comunque strutturati — siano debitamente riguardosi del proprio compito politico; e lo svolgano col debito impegno di giustizia: tanto rispetto ai cittadini che son membri della società civile, quanto alle altre istituzioni che concorrono alla ordinazione del genere umano. Come dire che — a parte la sua forma — ogni regime deve ispirare la propria azione di governo a certi insopprimibili canoni di fondo, superiormente vincolanti: a certi *officia*, a cui non può sottrarsi. E nostro intento è proprio d'indagare il tipo d'attitudine — rispetto alla Chiesa, cattolica-apostolica-romana — che il Rosmini richiede nello Stato, e in genere nel pubblico apparato. Ci domandiamo quale comportamento se ne attenda: non come un qualcosa di *opportuno*, ma come un qualcosa di *dovuto*.

Si tratta — a mio parere — d'una indagine non priva d'interesse. La quale — già invitante sul piano generale — può servir a imprimere un tono di maggior concretezza anche alla più specifica questione [che involge la statura risorgimentale del Rosmini] della disposizione del nostro Pensatore verso i nuovi regimi liberali che andavano emergendo fra prima e seconda Restaurazione. Può venirne una opportuna integrazione del quadro problematico solitamente delineato dagli interpreti degli insegnamenti rosminiani: con l'acquisizione di qualche ulteriore elemento di giudizio, atto a far meglio intendere gli ampi sviluppi del pensiero pubblicistico del Roveretano; e anche a spiegare (penso) certi tratti — all'apparenza anomali — della sua personale attività politica.

C'è che la raffigurazione prevalente che del sistema rosminiano son venuti offrendo i suoi esegeti [la quale, sebbene disputata in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qualche aspetto secondario, resta però ferma, quasi direi consolidata, nei termini centrali] non parrebbe in realtà immune da una qualche incompletezza. Essa — se è energicamente suffragata da una quantità di componenti (di singolarissimo rilievo) dell'opera del Rosmini — non sembra invece riflettere a dovere certe sue altre parti: o trascurate affatto, o giudicate soltanto marginali; eppure — a mio giudizio — impreteribili.

3. Debbo dire che il mio primo approccio [troppo sommario tuttavia] alla filosofia politica rosminiana m'ha proprio dato l'impressione — che vorrei verificare — d'una effettiva debolezza della qualificazione critica consueta dell'atteggiamento del Rosmini. La quale giudica senz'altro di poter situare il nostro Autore nell'area culturale e politica del cosiddetto '*cattolicesimo liberale*' della metà dell'Ottocento: a cui sogliono essere assegnati (dalla comune storiografia politica) quegli uomini devoti, pieni d'amor di patria, che — fermi nella loro fede religiosa, sentita come massimo valore esistenziale — provavano insieme con vivezza la sollecitazione della circostante realtà civica; e avvertivano di non potersi chiudere agli ammaestramenti — non dico della ideologia del liberalesimo politico, che improntava i tempi — ma della metodologia pratica di esso.

È mia impressione [lo dicevo] che una classificazione come questa — a parte altri rilievi — risponda a una visione parziale del sistema, diciamo così 'sproporzionata'. La quale tien sì conto dei tratti più evidenti, può darsi più importanti, del pensiero rosminiano:parlo di quelle sue note peculiari che vivamente lo distaccano dalle tradizionali posizioni della intellettualità cattolica; ma manca di dar uguale peso a tutte quelle altre componenti — le quali pur concorrono a formare il corpo del sistema — che meno si discostano dal solco della pubblicistica ecclesiastica, e meno si proiettano verso la seducente prospettiva di nuove soluzioni.

La qual impostazione — a mio parere — riflette oltre misura la preoccupazione di far salva, anzi di valorizzare, la '*attualità*' del nostro Autore: la sua '*modernità*'. Preoccupazione di cui si direbbero partecipi non pochi interpreti del pensiero rosminiano: i quali (a volte, c'è da credere, con propositi di strumentalizza-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione; a volte come per eccesso di amore) son portati a rilevare negli insegnamenti del Maestro e ad esaltare quanto hanno di 'profetico' rispetto ai successivi svolgimenti storici: specie in rapporto a quel grande evento della Chiesa contemporanea che è rappresentato dal Concilio Vaticano II.

Che è intento esornativo (commisurato alla singolare dignità del magistero rosminiano) che può in effetti indurre a enucleare — isolandoli dal resto — certi aspetti del sistema: appunto quelli in cui può esser veduta una valenza prodromica, preparatoria ed anticipatrice, rispetto a certe susseguenti evoluzioni. E può portare a estrapolare e ad ingrandire oltre misura codeste parziali componenti, elevandole a potenza. Col rischio — a cui è difficile che operazioni di tal genere riescano a sfuggire — di assegnare a quegli aspetti un peso eccessivo nel sistema, sbilanciandolo. E col rischio — anche più serio — di arrivare a «sollecitare dolcemente i testi»: facendo dire al loro Autore quanto questi non voleva veramente dire; e forse nemmeno avrebbe potuto voler dire.

4. Mettere a riscontro critico una tesi come questa (ricevuta, si può dire, «omnium consensu») non significa voler procedere a ogni costo — quasi con animo blasfemo — a un'opera di desacralizzazione storiografica. Che sarebbe ingiusto verso il nostro Pensatore: aperto, come pochi altri cattolici del tempo, alla idea di libertà; e alla esigenza d'una vivificazione della stagnante spiritualità del cattolicesimo. E sarebbe ingiusto verso i molti e fervidi seguaci, che dalla lezione del Maestro traggono ispirazione e conforto nel loro impegno di rinnovamento interiore della Chiesa e di ravvivamento della sua presenza nel mondo.

Più semplicemente è mio proposito di richiamare l'attenzione su certi lati meno noti del sistema: di solito negletti, sebbene radicati alle sue stesse fondamenta. I quali parrebbero invero suggerire una interpretazione alquanto diversa — ma non per questo meno degna — del pensiero pubblicistico del Roveretano [1].

---

[1] Inutile avvertire che una siffatta operazione ben può incorrere — a sua volta — nel medesimo difetto (di parzialità) che si è creduto di poter rimproverare alla *communis opinio*. A questo rischio, anzi, essa è esposta in una misura

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

* * *

5. Molte, e segnatamente suggestive, nel corpo delle dottrine rosminiane, sono le proposizioni di principio che accreditano le conclusioni di segno liberale della opinione più affermata. Si tratta di enunciazioni molto note: che una tenace corrente di pensiero (non scevra d'intenti pratici) ha sottoposto a una attenta elaborazione culturale. Proposizioni svariatissime, ricche di assai complessi spiegamenti: le quali però in apice fan tutte capo — come a propria comune scaturigine — a quella esaltazione del *valore della persona umana* [del primato della libertà e della responsabilità dell'uomo] che costituisce a giusto titolo — nella grande tradizione dell'umanesimo cattolico — il punto di forza dell'insegnamento etico-giuridico-politico del nostro Pensatore.

Si può dissentire — se si vuole — da molti suoi giudizi, che posson riuscire estranei a quanti non partecipino delle grandezze metafisiche in cui egli ripone la sua fede e la sua speranza. Ma non si può sconoscere che quella della persona come ente individuale impreteribile, partecipe d'una luce celeste che lo fa capace di realizzarsi nella pienezza dell'essere, è una nozione di straordinaria elevatezza. Dell'uomo essa fa il centro vivo di tutta l'esperienza: il portatore di tutto un patrimonio di diritti inalienabili (di libertà fondamentali) che lo situano in una posizione di eccellenza. Anzi lo vede — secondo una formola famosa — come « diritto sussistente ».

Che è concetto insigne: a cui non possono non inchinarsi deferentemente tutti quelli che — pur movendo da altri presupposti — vedono un '*unicum*' nell'uomo, in ciascun uomo: in lui riconoscendo il carattere indelebile di soggetto morale irripetibile e infungibile.

E la persona umana non è una monade chiusa in se medesima: secondo i moduli d'un individualismo esasperato, fondato su un « disumano egoismo ». Essa [la umana persona] è *aperta verso gli altri*: con cui intesse un vincolo sociale di grande nobiltà, quale

---

anche maggiore. Resta però il fatto — pur sempre positivo — che può comunque derivarne un qualche ripensamento critico del tema: magari proprio tale da far meglio emergere — in termini dialettici — quanto di valido contiene in sé realmente tale *vulgata opinio*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risulta dal fatto non solo esteriore ma interiore (coscienziale) di questa disponibilità di ciascuno verso l'altro. È un vincolo solidaristico: eretto sul rispetto, sull'amore. Vincolo che postula un rapporto reciproco fra gli uomini: non di puro « mezzo a fine », ma di « fine a fine ». È un vincolo fondato sul rispetto della libertà di tutti gli altri.

> « Il rapporto di fine a fine consiste nella morale obbligazione di rispettare l'altre persone siccome aventi una esistenza loro propria, non subordinata, non inserviente: il che è quanto dire di rispettare la loro libertà ... » (2).

E il ruolo protagonistico dell'uomo [dell'uomo veduto nel possesso di tutti i suoi diritti innati, che non gli possono esser sottratti; e collocato in un rapporto siffatto con gli altri uomini che ciascuno abbia a giovarsi del vivere con gli altri la sua felicità] il ruolo protagonistico dell'uomo è potenziato — e come reso più tangibile — dal contestuale attenuamento del ruolo autoritario della società civile, e dello Stato.

> « ... poiché il potere civile non è che un mezzo per difendere ed aiutare lo stato naturale, egli avverrà che sia tanto più perfetto quanto meno apparisca: cioè quanto più insensibile sia la sua azione » (3).

Nel che pure dà a vedere di prender forma una nota pubblicistica di tipo liberale.

6. Sul piano sostanziale [dei valori umani da ratificare e da promuovere] non è configurabile un bene societario — un '*bene pubblico*' — che possa portare al sacrificio di questo o quel bene personale. È solo ipotizzabile un '*bene comune*': quale risulta (se può dirsi) dalla somma dei beni personali (4). Sul piano formale

---

(2) *Filosofia del diritto. Diritto sociale*, n. 75, ed. naz., vol. XXXVII, Padova, 1969, p. 722.

(3) *Della naturale costituzione della società civile*, Rovereto, 1887, p. 57.

(4) « Il bene comune è il bene di tutti gli individui che compongono il corpo sociale, e che sono soggetti di diritti; il bene pubblico all'incontro è il bene del corpo sociale preso nel suo tutto, ovvero preso, secondo la maniera di vedere di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

[del modo di procedere alla guarentigia e alla realizzazione dei valori] non è riconoscibile al pubblico potere la funzione — a cui il Rosmini non risparmia dure critiche — di farsi ' fonte ' dei diritti individuali: meno che mai secondo schemi statolatrici, che vogliano « distruggere lo stato naturale per non vedere da per tutto che il civile » (5).

Al pubblico potere (alla società civile) sta soltanto di farsi strumento di preservazione e di tutela dei rapporti naturali che passano fra gli uomini: assicurando l'attuazione di un fascio di diritti non tangibili, immutabili, che sussistono indipendentemente dalla società civile e dallo Stato, e precedentemente ad essi.

Superfluo che io stia adesso a ricordare come nel pensiero del Rosmini la ' *società civile* ' non abbia, per fine prossimo, alcun bene e alcun diritto. Essa è soltanto strumentale a quelle altre società necessarie [la ' *società domestica* ', e la ' *società teocratica* ']che, esse sì, son ordinate in via immediata al bene e ai diritti dei soggetti. La società civile

> « ha per fine solo di levare gli ostacoli, e di disporre con previdente senno quelle circostanze che riescano più favorevoli, acciocché le due prime società conservino, aumentino, fruiscano i beni e i diritti loro propri » (6).

Significa dare dello Stato una nozione diciamo ' minimale ': dello Stato invitato a abbandonare ogni struttura e pretesa ' signorile '; a farsi invece pura e semplice ' società civile '. Nozione minimale che appunto può richiamare certi canoni di fondo della ideologia liberale, legati alla esigenza di lasciare il massimo spazio operativo alla naturale libertà degli uomini, capace di attuarsi nella vita in modo ognora più perfetto.

---

alcuni, nella sua organizzazione », *Filosofia del diritto. Diritto sociale*, n. 1644, ed. cit., XXXIX, Padova, 1969, p. 1223.

(5) *Della naturale costituzione della società civile*, cit., p. 57.

(6) *Filosofia del diritto. Diritto sociale*, cit., n. 1589, XXXIX, p. 1206. Ne segue che « quelle due prime società [la società domestica e la società teocratica] in paragone di questa terza hanno la ragione di fine, e questa terza quella di mezzo; o in altre parole, la civile dee essere, secondo lo spirito della sua istituzione e la propria natura, una mera inserviente delle prime due », *ivi*, n. 1589, p. 1209.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È ricorrente nel Rosmini (e gli fa onore) la condanna piena e ferma di qualunque dispotismo, comunque mascherato: in qualsiasi *forma regiminis* si possa presentare. Egli ripudia, marchia a lettere di fuoco, qualsiasi genere di tirannide; qualsiasi espressione di '*regime signorile*' che voglia restringere la libertà degli individui al di là di quanto rigorosamente necessario, comprimendo oltre misura (soffocando) i loro diritti di natura e di ragione precedenti alla civile convivenza.

E si sogliono mettere in rilievo tutta una serie di espressioni, assai efficaci, di questa '*propensione liberale*' (che trova largo spazio in fatto di diritti civili e politici) anche in materia di riconoscimento e di garanzia civile dei valori religiosi: che è settore in cui — del pari — si vuol vedere proclamato il ruolo egemone di un principio di libertà.

7. In effetti il Rosmini si mostra risoluto nel rivendicare una totale libertà — rispetto alla autorità politica — alla Chiesa cattolica romana: alle sue persone e istituzioni, e ai suoi compiti. Donde l'esigenza — reiteratamente ribadita — della eliminazione d'ogni residua persistenza degli antichi istituti regalistici di stampo giurisdizionalistico: divenuti — del resto — anacronistici, se paragonati alle nuove istanze separatistiche degli Stati liberali. Donde ancora l'opposizione del Rosmini a quei concordati dei suoi tempi che [« historia concordatorum historia dolorum! »] si facevano appunto strumento di legittimazione formale dei *iura maiestatica circa sacra*.

Ma se questa [della '*libertas ecclesiae*'] appare senza dubbio la preoccupazione primaria del Rosmini, egli parrebbe anche propenso a condiscendere con larghezza alla idea consequenziale: che l'abbandono da parte dello Stato d'ogni ulteriore pretesa regalistica a ingerirsi autoritativamente negli *interna ecclesiae* (nei fatti di vita reale della Chiesa in quanto Chiesa) vada per così dire 'bilanciato' e 'compensato' da una correlativa rinuncia d'essa Chiesa a seguitare a prevalersi d'una protezione civile privilegiata, comprensiva del braccio secolare e di favori temporalistici (7).

(7) Questa d'altronde è conclusione a cui sospinge la stessa ambiguità funzionale d'una simile forma di presidio. E infatti la tradizionale '*advocatia*' non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non solo: ma — ferma una tal istanza prioritaria — il nostro Filosofo non manca, negli scritti e nella attività politica, di richiamarsi con tenacia [non più al livello, questa volta, dei rapporti fra vertici gerarchici, ma delle posizioni individuali] alla '*libertà di coscienza*' (delle singole coscienze) come fondamentale libertà non comprimibile. Né mancano in Rosmini critiche alla vecchia idea di pura '*tolleranza*': la quale implica un giudizio negativo [una «riprovazione dottrinale»: «perocché ciò che si tollera non è che il male»] (8) nei confronti delle credenze ideali e religiose che ne son fatte oggetto. Laddove va piuttosto sostenuta l'idea — ben più avanzata — del '*rispetto*' per gli altrui convincimenti.

Celebre — in questa prospettiva — il passo in cui il Rosmini anticipa una tesi progressiva, alla quale dovrà arridere — più di cent'anni dopo — una fortuna straordinaria. È «debito» del difensore della verità di

> «tirar una linea, anzi un gran muro di separazione, fra l'errore e l'errante, impugnando quello senza pietà e questo rispettando ed amando» (9).

8. Son queste [e qui naturalmente non posso trattenermi in più diffuse analisi] le principali posizioni rosminiane che militano a sostegno della 'modernità' del nostro Autore: della sua proiezione culturale e umana verso una visione vitale più matura, tale da far il più ampio spazio al ruolo protagonistico dell'uomo. E si tratta di enunciazioni impressionanti, a cui il Nostro sa dare molta carica incisiva e capacità d'impatto. Ad esse (sapientemente sviluppate nella molteplicità delle connesse implicazioni) si affida assai efficacemente — non solo l'alta immagine umani-

---

è vista come un semplice *officium principis*: come un puro '*dovere*' dello Stato. Insieme essa è guardata come una *publica potestas*: come un '*diritto maiestatico*'. Il quale — nell'atto medesimo in cui opera a protezione delle persone e delle istituzioni ecclesiastiche, o in cui provvede alla *munitio ecclesiasticae disciplinae* — si fa veicolo e strumento di controllo civile degli *interna ecclesiae*; di ingerenza dell'autorità politica nella economia della ecclesialità.

(8) *Filosofia del diritto. Diritto individuale*, n. 184, n., ed. cit., XXXV, Padova, 1967, p. 225.

(9) *Apologetica*, Prefazione, in *Prose ecclesiastiche*, IV, Milano, 1840, p. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stica di un Rosmini tutto preso dalla fede nella centralità della persona — ma proprio l'immagine politica di un Rosmini liberale, o liberaleggiante.

Eppure — sebbene non si possa disconoscere la forza persuasiva di molte sentenze rosminiane — bisogna star attenti [è il nostro motivo conduttore] a non 'assolutizzare' codeste proposizioni culturali, isolandole in se stesse. Bisogna star attenti a non attribuire alle medesime una pienezza di significato che forse esse non hanno. E infatti — se tali espressioni le si valuta (così come si deve) in relazione a tutto il resto: quali cioè risultano delimitate e colorate dalle altre costituenti del pensiero rosminiano — se insomma si guarda alla questione secondo una più larga prospettiva, a me parrebbe che quella prima impressione di segno liberale finisca col subire come una brusca contrazione.

C'è che le tesi del Rosmini [ed è sin ovvio rilevarlo] prendono l'avvio da princìpi filosofici e teologici che si collocano (e il Nostro è il primo a averne una consapevolezza chiara e ferma) in una posizione di radicale antinomia a cospetto dei postulati ideologici del liberalesimo politico. E questo ai *tre* livelli sui quali si può impiantare la questione: — al livello *antropologico*; — al livello *normativo*; — al livello *societario*. Con questa conseguenza: che — se spesso le proposizioni operative che il Rosmini desume dai princìpi da cui muove, ben possono andar in parallelo con i modi pratici del liberalesimo politico — v'è tutta un'altra quantità di casi nei quali, viceversa, quelle proposizioni rosminiane (proprio perché coerenti alle premesse rosminiane) non possono che entrare in collisione con i princìpi liberali.

E si tratta — va notato — proprio dei casi di più spiccata rilevanza: più degli altri capaci di saggiare la valenza dei princìpi.

* * *

9. Irriducibili anzitutto si rivelano le antitesi di fondo che dividono l'*antropologia cristiana* del Rosmini dalle accezioni antropologiche d'impronta liberale. E qui non avrei che da ripetere quanto s'è scritto e detto infinità di volte sulla distanza che separa l'*ottimismo radicale* delle visioni illuministiche dell'uomo [d'un uomo autosufficiente, fonte dei suoi valori, capace di deci-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dere di sé, artefice del proprio destino personale] dal *pessimismo radicale* della antropologia cristiana: la quale vede un infermo in ciascun uomo, marchiato da una tara ereditaria che ne infirma la natura e ne debilita il carattere; bisognoso di redenzione, e tenuto al sommo dovere esistenziale di redimersi; ma incapace di farlo con le sole sue forze personali (« per sua tantum naturalia ») senza la scorta soprannaturale dello Spirito.

Questa contrapposizione non patisce attenuamenti nel pensiero del Rosmini. Semmai questi dimostra di voler proprio accentuare (contro ogni subdola intrusione dell'errore pelagiano) l'effetto doloroso del peccato di origine; e di magnificare il compito della Grazia nel processo di giustificazione dei singoli *homines viatores*. Egli stigmatizza con veemenza — sino all'anatema — ogni pretensione prometeica (demoniaca) alla auto-sufficienza.

La centralità (costitutività) della persona umana — il suo primato — è concetto che nel sistema rosminiano si coniuga, in effetti, col principio della *totale dipendenza* di quella medesima persona dall'Essere Supremo: che ne è il creatore e il lume; e ne è la guida. L'apertura della persona umana verso l'esterno non si esprime soltanto (come detto) a un livello orizzontale: verso gli altri. Si esprime anche — e direi prima di tutto — al livello verticale: verso l'alto, verso Dio. Di più: la stessa apertura verso gli altri non è puramente orizzontale; ma è anche e in primo luogo un'apertura verso l'alto. E infatti in tanto il vincolo caritatevole verso il prossimo si carica d'uno spessore religioso, in quanto riesca a esprimersi in chiave di ' *caritas propter Deum* '. È in questo che la ' carità ' del cristianesimo si distingue dalla ' filantropia ' (dalla *fraternité*) del pensiero illuministico. La quale volge all'altro per quel tanto che c'è in lui di umano; laddove la *caritas* cristiana volge al prossimo per quel tanto che c'è in lui di Dio.

E questa proiezione verso l'alto non è già un aprirsi — con trepida partecipazione numinosa — verso una idea arcana del Divino: verso un qualche *deus absconditus*, che si avvolga alteramente nelle tenebre del mistero. Il Dio col quale si comunica è un Dio che — pur nella sua inattingibile eminenza — si dirige però all'uomo; gli parla; gli si manifesta. Egli è presente nella storia; anzi si incarna nella storia. È un Dio che si rivolge alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intelligenza dell'uomo, e alla volontà di lui: per esserne compreso e creduto, e amato; e per esserne ubbidito. Egli (« siccome un raggio, una cosa tutta sua ») ci fa beneficiari d'un alto lume: e questo,

> « conceduto alla mente dall'autore di essa, ci fa conoscere quanto questo suo autore, e autore parimenti di tutte le cose, Iddio, sia augusto e reverendo, e degno di ogni amore e onore e obbedienza » (10).

Sicché l'Essere Supremo si fa scopo e giustificazione di tutto il nostro agire, in quanto agire umano:

> « Se dunque il giudizio che noi portiamo dell'Essere supremo è da noi reso pratico, come ci è ingiunto dalla religione, egli è chiaro che il medesimo dee per noi divenire il fine di tutte le nostre azioni e la ragione delle medesime » (11).

10. Ne viene immantinente che ogni *diritto della persona umana* [ogni diritto fondamentale della stessa] è anche un *dovere personale*. Anzi: ancor prima che un diritto, esso è un dovere.

Il diritto fondamentale alla verità è anche e in prima istanza un dovere fondamentale all'intendimento della verità, e alla riflessione su di essa. E quando, trapassando dal piano conoscitivo a quello pratico, siam chiamati a farci *soggetti di vita morale*, oltre che *soggetti di conoscenza*, il diritto fondamentale alla verità divien anche dovere fondamentale di ricevere la verità e di conformarsi ad essa, operativamente. Del pari un dovere prima ancora che un diritto è la ordinazione soggettiva alla virtù. E quella alla felicità: essenzialmente concepita come beatitudine. Son tutti

---

(10) *Filosofia del diritto*. I. *Sistema morale*, ed. cit., XXXV, p. 93. « Noi sentiamo allora incontamente i nostri doveri verso di lui: ecco il principio della religione. Fra questi doveri avvi quello altresì di ascoltare l'eccelsa sua voce, se egli favella; ecco la fede alla rivelazione dovuta. Avvi anche quello di osservare i suoi comandamenti s'egli si degna di farcene; ecco l'ubbidienza al comando, alla legge del supremo Superiore e Legislatore », *ivi*, p. 93.

(11) *Filosofia del diritto*. *Sistema morale*, cit., p. 99. L'Essere Supremo « non dice: ' vi lascio liberi di fare o di non fare le azioni, purché, facendole, le facciate in modo conforme al vero '; ma dice: ' operate con tutte le vostre forze per congiungervi al sommo bene ' », *ivi*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'*diritti da doveri*': « figliati » dal dovere, secondo un'espressione che al Rosmini piace. E il dovere emana da una norma; quindi da un legislatore: il quale — trattandosi di sommi doveri esistenziali — altri non può essere che il sommo Legislatore divino. Questi vincola l'umana persona a un compito individuale, a cui la stessa non si può sottrarre se non contravvenendo frontalmente alla vocazione celeste.

[Non so se — nel quadro della concezione rosminiana della persona umana — questa, prima che come « diritto sussistente », potrebbe esser definita come « dovere sussistente ». So solo che in quella concezione svetta — quale momento indeclinabile — l'idea della '*primarietà del dovere*'].

Ecco allora che il *fattore antropologico* si lega con tutta immediatezza a quello *normativo*. La norma costitutiva del dovere (di quel dovere da cui, per figliazione, originano i diritti) è norma insieme morale e giuridica. Essa impegna l'uomo nella integrità della sua persona: *in interiore* e *in exteriore*. Di più: nel sistema rosminiano [e ciò, se da un lato può apparirne una carenza tecnica, dall'altro ne è la forza] il diritto (il diritto soggettivo) si immedesima con la morale. E questa (la morale) si immedesima — a sua volta — con la religione:

> « Se nella religione niente si esclude di ciò che è morale, e nella morale niente di ciò che è religione, possono benissimo entrambi immedesimarsi » ([12]).

Talché in ultimo è il diritto stesso che — attraverso la morale — finisce con l'immedesimarsi alla religione.

Di qui una '*vincolatività totale*': così fatta da toccare l'essenza più profonda della normatività rosminiana, e da segnarne il *proprium quid*; e così fatta da distinguere nella più profonda essenza la posizione rosminiana dalle concezioni illuministiche, quali si pongono alla base della ideologia politica liberale; e quali si pongono alla base dello Stato di diritto, che di codesta ideologia è la espressione storica più illustre.

([12]) *Filosofia del diritto. Sistema morale*, cit., p. 95.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

11. Le concezioni normative illuministiche — fondate come sono sulla consapevolezza della *non verificabilità* dei supremi valori dello spirito — tendono (sappiamo) a dissociare la *economia della giuridicità* da ogni nesso di subordinazione strumentale rispetto a questo o quel *dato religioso*: a questo o quel *valore*, visto come valore assoluto, oggettivamente valido (oggettivamente ' vero '). Tendono insieme a dissociarne la *economia della politicità*: nel senso di rifiutare — con risolutezza — l'ordinazione funzionale dei pubblici apparati in pro dell'una o dell'altra Confessione egemone. Si danno invece cura di ' *privatizzare* ' la gestione della spiritualità religiosa e della spiritualità etica, viste come espressive di questi o quei valori non in quanto ' *veri* ' ma in quanto ' *creduti* ', e in quanto creduti da questi o quei soggetti. La lasciano [quella medesima gestione] alla libera facoltà dispositiva delle singole coscienza volta per volta interessate.

Le concezioni illuministiche si preoccupano di edificare la economia della giuridicità e della politicità su valori non assoluti e eterni, sì invece relativi e contingenti, empirici: su criteri di necessità e di opportunità civile, legati ai concreti ammaestramenti della esperienza storica.

E non c'è nulla di più contrario alla deontologia cristiana, e allo spirito cristiano, di questa pretesa illuministica di separare la *economia della giuridicità*, rimessa al senso equitativo-utilitaristico del pubblico potere, dalla *economia della moralità*: lasciata invece agli individui, e incardinata nell'intima sostanza di ogni singola coscienza umana. Nulla di più contrario al pensiero e alla sensibilità del Rosmini: il quale — in effetti — impugna questa pretensione demoniaca (infernale) con animo deciso e con durezza intellettuale. E proprio in una separazione così fatta è portato a ravvisare la fonte prima d'ogni male umano: d'accordo — in questo — con tutta si può dire la pubblicistica cattolica del tempo; e d'accordo con gli insegnamenti pontifici (a tutti noti) quali si snodano lungo l'intero arco del secolo.

12. Logico — allora — che l'impugnazione rosminiana del *principio di separazione del diritto dalla morale*, quale appunto è proprio del pensiero illuministico, e del liberalesimo politico, involga la opposizione del Rosmini [non sempre peraltro dichia-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rata] contro lo '*Stato di diritto*', che è costruzione pubblicistica giusto fondata — nei suoi cardini — su tale separazione normativa. Parlo di quello Stato liberale che assume di potere e di dover gestire, come meglio giudica rispondere ai personali interessi dei privati e al bene pubblico, la economia della giuridicità; ma che invece si arresta riguardoso dinanzi alla soglia invalicabile delle singole coscienze individuali: non arbitrandosi di esprimere un qualunque 'giudizio di verità' sulle credenze di religione dei cittadini e sui loro medesimi convincimenti etici ([13]).

Sta a dire che lo Stato di diritto è — proprio per sua essenza — uno Stato laico separatista: il quale — per un fatto di elementare fedeltà ideologica ai primi princìpi donde muove — non può non ricusare l'idea stessa di un qualunque rapporto preferenziale con qualunque religione positiva, e con qualunque Chiesa storica. Ai suoi occhi non rileva il fatto che i soggetti — spendendo i propri talenti coscienziali — facciano o questa o quella scelta fideistica: che impegnino se stessi nell'una o nell'altra direzione. Lo Stato separatista adempie il proprio compito nell'atto in cui assicura ad ogni cittadino la libertà di compiere — in pienezza di coscienza — quella qualunque opzione spirituale (di qualsiasi segno e di qualsiasi contenuto) alla quale lo solleciti la sua sensibilità morale e la sua personalità intellettuale e culturale.

13. Nulla di tutto questo nel pensiero del Rosmini. Il quale — *sul piano societario* — ripudia con intransigenza l'idea d'uno '*Stato indifferente*'. Rigetta con asprezza l'idea d'una '*legge atea*'. E in questa sua risolutezza nemmeno si domanda se a quella di

([13]) Liberi costoro [i cittadini] di seguire — nell'intimo dell'animo — tutte le prescrizioni spirituali di cui sentono in coscienza la superiore doverosità: e d'informare ad esse la propria condotta personale. Allo Stato [a questo pubblico apparato, senza una sua anima] starà di garantire dall'esterno, autoritativamente, queste manifestazioni di vita personale, quali espressioni impreteribili di un diritto di libertà civile. Starà al pubblico apparato di proteggerle da altrui ingerenze e prevaricazioni. E sarà compito disciplinare dello Stato [suo compito ordinativo e repressivo] anche di porre limiti a eventuali esorbitanze degli stessi soggetti interessati: le volte che le esternazioni del sentimento religioso siano tali da produrre la lesione del pubblico interesse, o di interessi personali altrui giuridicamente garantiti; o siano anche tali da importare il sacrificio di altri interessi degli stessi agenti, di cui sia loro giuridicamente interdetto di disporre.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'Stato indifferente' non si riveli per caso più appropriata la denominazione di '*Stato incompetente*': sprovvisto della stessa *qualità* (della *valenza*) per stare ad occuparsi autoritativamente dei fatti dello spirito; e se a quella di '*legge atea*' meglio per caso non si addica la denominazione di '*legge imparziale*', '*neutra*', '*equidistante*'.

Alieno da qualsiasi concessione alle nuove ideologie [che egli taccia di empietà: puri deliri di un razionalismo senza freni] il Rosmini non esita a proclamare la somma esigenza spirituale che la *società del genere umano* e la *società domestica*, e con esse la *società civile*, sappiano elevarsi e completarsi, sublimandosi, in una più alta società. La quale non si limiti a stringere gli uomini fra loro, d'intorno a comuni beni ed interessi; ma — sollevandoli su un piano più elevato — li leghi in rapporto societario *con Dio stesso*: con l'Essere Supremo che loro si comunica col raggio della propria luce, facendoli capaci di conoscere intellettivamente la verità e sollecitando la loro volontà a riconoscere detta verità e a uniformarcisi.

Allora la comunità degli uomini trova la sua più autentica espressione [non so se possa dirsi la sua 'modalità' più vera] quando sappia farsi — come deve — comunità degli uomini «in Dio e per Dio».

E in questo stesso caso il riferimento rosminiano non si volge a una società informata a un generico deismo: a un che di prossimo a una religiosità naturale. Il Filosofo ha presente, e assume in tutto il suo valore, la società *storica* degli uomini: quale egli vede dominata e retta dalla divina Provvidenza, secondo ineludibili disegni; e beneficiata dalla Rivelazione vetero e neo-testamentaria. Talché la '*società teocratica*', a cui gli uomini debbono informarsi per conseguire a pieno i beni che gli sono più cari e più preziosi, è la società con il Dio biblico, creatore e legislatore: col Dio del vecchio e del nuovo Patto.

La società naturale degli uomini è il primo abbozzo di questa società soprannaturale: è il primo «disegno delineato, ma non ancora incolorito ed incarnato, della [società] teocratica» (14). La

(14) *Filosofia del diritto. Diritto sociale*, n. 668, XXXVIII, Padova, 1969, p. 897.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale si completa [e gli uomini non possono ignorarlo, o peggio rivoltarcisi, se non a pena di empietà] nella società storica degli uomini col Cristo: e quindi nella '*società teocratica perfetta*', qual è costituita dalla Chiesa, Corpo mistico del Cristo, chiamata a proseguire in terra l'opera soterica del Cristo.

> « La Chiesa non è altro che il perfezionamento e la sublimazione della società umana »; « ... della specie umana considerata come società » (15).

E questa conclusione del Rosmini [la rappresentazione che egli ci offre d'un tale sublimarsi del fatto societario nella comunità degli uomini col Verbo: vera e più alta società, tutta predeterminata all'uomo: al quale non resta che riceverla, dando il proprio assenso; un assenso « obbligatorio sempre ed assolutamente »] (16) questa conclusione rosminiana non è un puro abbellimento del sistema; un suo arricchimento. Non è un semplice fregio ornamentale, di solenne bellezza. Essa è il punto di approdo necessario del sistema, in cui questo si conclude. È la chiave di volta della intera costruzione: nodo di convergenza e intersezione di tutte le linee che la formano.

* * *

14. Le considerazioni che precedono [sulle quali non posso trattenermi] fanno ragionevolmente dubitare che il riconoscimento rosminiano della '*autonomia della politica*' sia realmente tale da far spazio alla capacità di operazione dei pubblici poteri, senza star invece a confinarne i compiti entro un campo ben ristretto, nemmeno lontanamente comparabile all'amplissimo ambito di azione del liberale Stato di diritto. E fanno ragionevolmente dubitare che il riconoscimento rosminiano delle '*libertà civili*' in generale, e della '*libertà di coscienza*' in particolare, sia real-

(15) *Filosofia del diritto. Diritto sociale*, risp. nn. 866, 867, XXXVIII, pp. 953 sgg. Insomma: « La società teocratica perfetta, cioè la Chiesa di Gesù Cristo, non è che la società naturale del genere umano sollevata in alcuni uomini all'ordine soprannaturale, e recata all'ultimo suo compimento e alla piena realizzazione », *ivi*, n. 633, p. 888.

(16) *Filosofia del diritto. Diritto sociale*, n. 1591, XXXIX, p. 1201.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente tale da assegnare a codeste libertà la medesima latitudine operativa che gli è propria alla stregua dei canoni ideologici pluralistici dello Stato liberale, senza star invece a contenerle entro i più stretti limiti assiologici e funzionali d'una visione societaria per contro conformata a un canone ideologico monistico.

Per quanto concerne il primo punto [quello della autonomia decisionale e funzionale della società civile, e della società politica] non è dubbio che il Rosmini — nel graduare e ordinare l'una all'altra le diverse specie di aggregazione societaria — le disponga secondo un *modulo gerarchico*, in ragione della elevatezza del rispettivo compito: « societates sunt ut fines ». Che significa proprio contenere (ed orientare) quella autonomia, in quanto riferita a forme aggregative teleologicamente subalterne: circoscriverla. E a me parrebbe parimenti indubbio [per quanto poi concerne la tematica della libertà religiosa individuale] che il riconoscimento rosminiano non si irradi in qualunque direzione, dovunque vi siano coscienza personali da proteggere nei rispettivi patrimoni fideistici; ma sia bensì proporzionato al pregio intrinseco delle singole credenze. Esso non guarda a ciascuna coscienza soggettiva *quale realmente è*: quale si atteggia in concreto negli intimi precordi di ciascun essere umano volta per volta considerato, còlto nella sua individualità personale irripetibile; sì invece privilegia la '*coscienza sana*': che è quella che s'informa al *metro oggettivo* di una '*sanitas*' autenticamente definita.

15. L'esigenza d'una graduazione delle diverse esperienze societarie già concerne le relazioni diciamo così naturalistiche che passano fra gli uomini: in ragione del rapporto di funzionalità che lega — in tale campo — la società civile alla poziore *società domestica*. È solo questa seconda società (non ho che da ripeterlo) che è ordinata al bene dell'uomo *in via immediata*: nel senso che ha « per fine prossimo » i diritti, di natura e di ragione, radicati all'uomo per il suo stesso essere uomo. Rispetto ad essa [a questa società domestica] la società civile non ha che una funzione strumentale: di solo mezzo a fine. Ciò che le si chiede [« mera inserviente »] è di approntare e di gestire le pure e semplici ' modalità ' di quei diritti: le quali — inerendo ad essi in quanto diritti precedenti a ogni civile aggregazione, e in quanto diritti immu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tabili e inviolabili — ne ottengano e promuovano la più efficace operatività concreta.

Già perciò ne viene una prima determinazione orientativa della autonomia della società civile, e dello Stato. Il che sarebbe anche conciliabile — per sé — con le istanze politiche d'un ordinamento di tipo liberale. Solo che il sistema rosminiano (anche in ciò fedele alla tradizione pubblicistica ecclesiastica) presenta delle ulteriori, e più pregnanti, ragioni di riduzione strumentale dell'ordine civile: così fatte da recare delle restrizioni ben più energiche a detta autonomia. Restrizioni proprio tali da contraddire frontalmente ai moduli del liberalesimo politico. E invero non va dimenticato — a pena di cadere in fraintendimenti seri — che l'istanza rosminiana d'una graduazione funzionale fra i diversi ordinamenti va vista in relazione à *tutto il campo della esperienza aggregativa*: e perciò anche [debbo però dire 'soprattutto'] in relazione alla *società teocratica*; e più in particolare alla *società teocratica perfetta*.

[E proprio in questo — a mio giudizio — sta il *locus minoris resistentiae* della opinione più diffusa: nel fatto d'aver essa sì esaltato a tutta voce la tesi rosminiana del primato (niente più che relativo) della naturale società degli uomini a paragone della società politica, con tutti gli effetti che ne seguono in chiave liberale; senza dare però lo stesso peso (anzi cercando di sminuirne l'importanza, e come di velarne il significato) all'ulteriore principio rosminiano del primato (assoluto, questa volta) della società teocratica, a cospetto di qualunque altra espressione di aggregazione umana: quasi che appunto si trattasse d'un capitolo separato dell'opera del Rosmini, espungibile dal resto; e non invece del *caput maius* del sistema, non solo radicato con ogni intrinsechezza alla sua logica, ma circonfuso all'animo del Nostro da un sentimento mistico di superiore doverosità].

16. Non va dimenticato che — se la *società domestica* è intesa a «procacciare agli uomini i beni propri della *natura* umana» — è la *società teocratica* la sola che sia in grado di «procacciare agli uomini i beni propri della *persona* umana» ([17]). Essa

([17]) *Filosofia del diritto. Diritto sociale*, n. 1591, XXXIX, p. 1207.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per ciò è la sola che sia in grado di realizzare l'uomo nella più alta dimensione. E se la società domestica è preparatoria della società teocratica, questa — nelle sue progressive incarnazioni — impone a pieno titolo la propria egemonia: facendosi non solo fondamento ma giustificazione finale (etica e giuridica) di ogni altra società.

> « Come i beni inferiori non sono beni se non riferiti al supremo, così le società non sono società oneste, ma sette e congiure, se elle non servono alla suprema; questa è adunque quella che rende moralmente possibili l'altre società; che le rende giuste ... Di che consegue che la Chiesa universale contiene nel suo seno il gran principio organizzatore del genere umano » ([18]).

E quindi — nel corpo di questa costruzione — la società civile (quella società che è funzionale in via prossima alla società domestica) lo è del pari — in termini ulteriori — rispetto alla società teocratica: e più in particolare alla società teocratica perfetta. Significa che la società civile (lo Stato, e in misura specialissima lo Stato cattolico: quello nel quale sia cattolica la generalità delle famiglie) non può non porsi — contro ogni diversa suggestione delle teorie separatistiche — in una posizione di *strumentalità fattiva* nei confronti della Chiesa.

> « Ho difeso l'unione e la mutua assistenza della Chiesa e dello Stato contro i separatisti; ne ho mostrato il legittimo nesso, dichiarando che la prosperità temporale, a cui lo Stato intende, dev'essere considerata dai cristiani come un semplice mezzo alla felicità eterna, scopo finale della Chiesa » ([19]).

([18]) *Filosofia del diritto. Diritto sociale*, n. 966, XXXVIII, p. 986.

([19]) *Della missione a Roma di Antonio Rosmini Serbati negli anni 1848-49*, Torino, 1881, lettera a Pio IX del 15 giugno 1849, p. 151.

Semmai — nell'alveo ancora e sempre del vecchio dualismo gelasiano — si affaccia, nel pensiero del Rosmini, un che di prossimo a un ' separatismo zoppo ', unidirezionale. Il quale (se può dirsi) postula bensì una separazione della Chiesa dallo Stato, in ciò che vuol escludere ogni residua interferenza di quest'ultimo negli *interna ecclesiae*; senza però giungere ad accogliere anche l'idea correlativa d'una separazione dello Stato dalla Chiesa: e cioè d'una esenzione d'esso Stato [della sua vita reale interna] dai poteri sacerdotali di « ligare et solvere ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ne segue [e che si tratti d'un condizionamento assai pesante non è dubbio] una duplice delimitazione dall'esterno della autonomia della società civile. Non solo questa non è legittimata a esprimere dei valori suoi propri, in chiave diciamo così ' costitutiva ': dal momento che invece è deputata a *ricevere* da un'altra fonte un '*principio di giustizia*', già compiutamente definito nei momenti sostanziali; ma è tenuta per giunta a conformarsi — nei medesimi spazi che le restano — al giudizio autoritativo della Chiesa, in tutto ciò che tocca il nesso fra il lecito e l'illecito.

Né potrebbe essere altrimenti, dati i fondamenti del sistema. E infatti è agevole comprendere che se si connettono fra loro intimamente la economia della moralità e la economia della giuridicità (tanto intimamente da approdare ad una immedesimazione dell'una nell'altra); se si nega che l'utile (l'utile sensibile) possa andar dissociato dall'onesto; se si muove da un postulato ideale così fatto, ne viene senza fallo che la funzione legislativa [la funzione di produzione normativa, nomopoietica, del legislatore positivo umano] resti necessariamente condizionata nel suo intrinseco valore al fatto della propria rispondenza, materiale e strumentale, alle grandezze dell'ordine etico.

* * *

17. Questo principio rosminiano [che dalla correlazione necessaria fra etica e diritto, quale si completa nella correlazione altrettanto necessaria fra diritto e religione attraverso la morale, deduce il corollario della collocazione subalterna della economia della politicità a cospetto della economia della eticità] questo gran principio non appare formulato in puri termini teoretici, al livello di filosofia giuridica e politica, o di teologia della politica. Esso viene ripreso e sviluppato dal Rosmini (prodotto a conseguenze) in occasione dei suoi stessi interventi politici concreti. Intendo — più in specie — riferirmi alle polemiche, vivaci, a volte astiose, contro la politica ecclesiastica del nuovo Stato liberale piemontese (non sempre aliena, a dir il vero, da certe esorbitanze) che impegnarono il Rosmini al suo rientro dalla missione, deludente, presso Papa Mastai Ferretti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Qui le enunciazioni del Rosmini sono perentorie. Uno Stato — egli proclama a tutte lettere — non può disattendere i convincimenti di doverosità dei cittadini. Esso — per così dire — ha la coscienza dei suoi membri. E uno Stato cattolico [inteso alla solita maniera: di Stato in cui cattolica sia la maggior parte delle famiglie] non può ambire a una propria indipendenza dalla autorità magisteriale della Chiesa. Sarebbe una « abolizione del Cattolicismo e della Religione di Gesù Cristo » (20).

E va marcato che il Rosmini [e in ciò mi ricollego al tema d'apertura] non rappresenta questi limiti della autonomia politica come un qualcosa che discenda dai semplici presupposti teorici da cui prende l'avvio come persona diciamo così privata: come pensatore cattolico impegnato in un programma speculativo personale. Egli riporta detti limiti a una decretazione superiore, inappellabile: la quale si atteggia a componente organica di quello che i canonisti chiamano *ius publicum ecclesiasticum externum*: inteso come dichiarativo e esplicativo [' *per modum conclusionis* ' e ' *per modum determinationis* '] del *ius divinum positivum*.

> È « impossibile, secondo i princìpi della Religione cristiana cattolica, che lo Stato si separi talmente dalla Chiesa, che egli sia licenziato a far leggi e disposizioni governative senza aver nessun riguardo a ciò che dice e giudica la Chiesa intorno al giusto e allo onesto, al lecito ed al peccaminoso, senza riguardo alle sue pressioni e ai suoi materni insegnamenti ». E « se voi dite che questa dottrina è del medio evo, noi vi rispondiamo che è di tutti i tempi; perché la dottrina di Gesù Cristo è immutabile, e durerà sino alla fine del mondo » (21).

---

(20) *Indipendenza dello Stato dalla Chiesa*, (1953), in *Opere di Antonio Rosmini*, vol. 37, *Opuscoli politici*, Roma, 1978, p. 129: « La dottrina adunque dell'indipendenza dello Stato o della società civile dalla Chiesa, è l'abolizione del Cattolicismo e della Religione di Gesù Cristo, ed essa non può essere professata se non dagli infedeli, e solo fino ad un certo segno dagli acattolici ».

[Si noti che il Rosmini — il quale pur esclude in termini teorici la prospettabilità d'una figura di ' Stato cattolico ideale ' — poi guarda in sede pratica alla realtà sociale d'uno Stato formato da una maggioranza di famiglie cattoliche].

(21) *Separazione dello Stato dalla Chiesa*, (1853), in *Opuscoli politici*, cit., p. 132.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'autonomia della politica resta in sostanza salva solo in quelle scelte tecniche [« in his quae artis sunt »] che possano prescindere da un apprezzamento di onestà.

18. Agli sforzi del liberalesimo politico [non sempre, ripeto, ben condotti] di conciliare al meglio — secondo un delicato rapporto di equilibrio — la operatività della norma giuridica cogente con quella della norma etica, rimessa per intero alla spontaneità delle adesioni; a questo programma temperato, svolto in ragione della più attenta neutralità della legge, il nostro Pensatore oppone una sua propria impostazione di radicale rigidezza: un *aut-aut*, senza margini di tolleranza. E ne fa la sua bandiera:

> « Niuna legislazione civile può riuscire indifferente alle credenze religiose, ma sempre e necessariamente, in qualunque modo ella si faccia, riesce o amica o nemica alla medesima » (22).

Lo Stato è amico della religione — e quindi rispetta, come deve, la libertà religiosa — se è pronto a condiscendere al magistero autoritativo della Chiesa « in tutto ciò che riguarda il giudizio sul lecito e sull'illecito ». Ma se lo Stato presume di potersi allontanare — sia pure in qualche tratto — da questo insegnamento (il solo competente, il solo autentico), esso per ciò stesso si fa nemico della religione; e per ciò stesso reca deplorevole violenza alla libertà religiosa (23).

---

(22) *La legge atea*, (1853), in *Opuscoli politici*, cit., p. 149.

(23) *Indipendenza dello Stato dalla Chiesa*, cit., p. 128: « Un cattolico crede, come un dogma, che Gesù Cristo, fondando la sua chiesa, le ha dato un'autorità suprema di ammaestrare tutti gli uomini e di giudicare intorno a tutte quelle cose che riguardano il lecito e l'illecito, l'onesto ed il giusto ... Essendo questo indibitato, e ... riconosciuto come una verità dommatica da tutti quelli che professano la Religione Cattolica; ne viene questa inevitabile conseguenza, che ciascun uomo è soggetto e dipendente dalla Chiesa in tutte quelle cose che riguardano l'ordine religioso e morale, e che si rende colpevole e macchia la sua coscienza, ogniqualvolta ricusa di soddisfare a questa sua obbligazione di soggezione e di dipendenza ». E quanto vale per i singoli val anche per le moltitudini degli uomini, quanto si voglia numerose: « ... anche una moltitudine di uomini, in qualunque maniera si uniscano insieme, e qualunque sia il numero, anche grandissimo della medesima, non possono mai né avere né costituire una potestà qualunque, che sia nel detto ordine indipendente dalla Chiesa cattolica ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Argomentando in questi termini, consapevolmente privi di duttilità, il Rosmini dà a vedere di voler respingere — senza il più tenue tentativo di coglierne i motivi ispiratori — il programma politico nodale della '*legge separatistica*', di ispirazione liberale. Che è di ridurre al minimo (a quanto strettamente indispensabile) la *parte precettiva* del diritto, ampliando invece al massimo l'ambito formale del *lecito giuridico*. C'è che la legge precettiva — col suo far obbligo ai soggetti di agire in certo modo, o col suo fargliene divieto — è tale da poter in effetti ingenerare degli intimi conflitti di lealtà: le volte che il 'dovere giuridico' del *civis* di piegarsi al comando del Principe venga in collisione col 'dovere religioso' del *fidelis* di onorare l'opposto volere di Dio. Laddove la legge dello Stato non produce di tali turbative quando invece si dà carico di potenziare come può la facoltà dei singoli di scegliere (secondo che gli aggrada: quali i moventi che li spingono, e quali le occasioni) o l'una o l'altra soluzione pratica, senza per questo incorrere in sanzioni giuridiche di sorta.

Che è soluzione bilanciata, equanime. La quale lascia agli uomini devoti (a quelli che hanno fede in valori spirituali d'ascendenza celeste) di informare a questo parametro ideale — se lo vogliono — la propria esperienza personale. Ma non toglie agli altri (agli uomini che credono in grandezze d'altro genere) di tenere una loro diversa condotta personale.

19. Vero che la soluzione totalizzante, prospettata dal Rosmini, non si accampa in termini assoluti. Essa non vuol valere che in un ambito delimitato: relativamente a «quelle cose che riguardano l'ordine religioso e morale». Col che il Nostro evita di cadere negli eccessi di certo ierocratismo radicale. È vero però anche [e non si può ignorarlo se si vogliono cogliere a dovere i limiti formali del sistema] che un tal «ordine morale e religioso» è così largamente comprensivo (ed è così 'sensibile': diciamo 'vulnerabile') da non restare indifferente a qualsiasi azione soggettiva in cui si esprima la responsabilità umana dell'agente. Va riconosciuto con chiarezza che non v'è atto umano (non v'è comportamento pratico degli uomini) il quale — a lato di questo o quel significato politico-economico-sociale, o di qualsiasi altra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

natura — non presenti anche (necessariamente) un suo concomitante *valore etico*, e un *valore religioso*.

Di ciò il Nostro dimostra d'aver piena consapevolezza; e d'essere anche ben edotto delle conseguenze che ne vengono in fatto di correlativa diffusione della potestà ecclesiastica eminente di giudicare di ciò che è etico e di ciò che è religioso.

Egli ritorna in questo modo [e la cosa in effetti non sorprende, dati i rigorosi moduli teocentrici e teotropici che informano il sistema] alla vetusta impostazione della grande canonistica della *aetas aurea* della Chiesa medievale. La quale teorizza con sagacia, e mena a compiute conseguenze, il principio della '*completezza*' dell'ordinamento ecclesiastico, etico e disciplinare: per cui non vi può appunto essere umana attività (non solo d'una qualunque '*persona subdita ac privata*', ma dello stesso Principe) che non possa, e che non debba, esser valutata autoritativamente dalla potestà sacerdotale: non '*temporaliter*' s'intende, ossia in rapporto alla immediata finalizzazione mondana e secolare di detta attività; sì invece '*spiritualiter*': in rapporto al grado della sua corrispondenza ai canoni dommatici e morali, e all'ordine pubblico ecclesiastico.

È compito proprio della Chiesa [l'espressione è di Innocenzo III] di « corripere quemlibet christianum de quocumque peccato ». '*Quemlibet christianum*': quindi anche il Principe, anche Cesare. '*De quocumque peccato*': e quindi sta alla Chiesa di occuparsi anche dell'illecito morale che abbia a accompagnarsi a una non corretta gestione del potere.

> « E questo viene a dire che se nasce dubbio che una qualche legge o disposizione governativa possa essere illecita od ingiusta o contraria alla legge di Dio, il supremo giudice, a cui spetta di conoscere della questione, non è lo Stato medesimo, ma la Chiesa cattolica, alla cui decisione, quando sia emanata, lo Stato ha obbligazione di sottomettersi né più né meno che ogni individuo o famiglia, che sono gli elementi dello Stato » ([24]).

([24]) *Indipendenza dello Stato dalla Chiesa*, cit., p. 129.

Riaffiora — a distanza di lunghi anni — un tema caro al Rosmini di primissima maniera: il quale (riandando a vecchi motivi pubblicistici: par quasi di leggere Botero!) indicava nella persona del Sacerdote il più valido collaboratore del Principe, e insieme l'unico in grado di controllarne l'operato. Ciò in quanto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

20. È il nucleo della antica concezione della '*potestas indirecta in temporalibus*'. La quale — va notato — non si ripresenta (nel pensiero del Rosmini) nelle forme un po' sfocate tramandate dalla pubblicistica post-tridentina d'impronta bellarminiana. Ma torna proprio a cogliere la prima scaturigine del sistema. La coglie per l'appunto nella funzione disciplinare-spirituale della Chiesa di correggere e reprimere il '*peccatum Caesaris*'; di riprendere e punire « quelle persone nelle cui mani è depositata l'autorità civile » ([25]). Persone che non possono presumere di sdiluire e sperdere la propria individualità morale nel grigiore d'un pubblico apparato; ma debbono invece conservare una propria libertà, e una propria responsabilità etica, quali '*persone*' portatrici di un'anima individuale, capace di peccato e di redenzione. Talché — se esse si sottraggono o se esse contravvengono al giudizio della Chiesa — non solo « mancano alla loro obbligazione », ma commettono peccato:

> « ... ed il peccato che commettono trae seco la loro eterna dannazione e può essere punito colla scomunica o colle altre pene ecclesiastiche » ([26]).

Si tratta — facile osservarlo — di un sistema di coordinazione fra i due poteri, l'ecclesiastico e il politico, che non ha a vedere con gli schemi liberali. Rosmini sì rifiuta le antiche concezioni

---

il sacerdote è interprete e ministro di quella legge eterna di giustizia e di virtù che è la sola che possa legittimamente limitare la assolutezza del Principe. « Se si tolgono dunque dal fianco del principe i sacerdoti che, istruendolo nella legge divina, a lui mettono questo limite, è un farlo assoluto ... Non voglio che i sacerdoti siano i consiglieri del principe o nella agricoltura o nella finanza. Dico che essi sono gli unici a cui si possa appoggiare il principe per aver una sentenza sulla giustizia e sulla rettitudine delle azioni, i depositari e gli interpreti di quella legge non scritta, che è l'unico limite alla sovranità », *Opere inedite di politica*, Milano, s.d. (1923), *Filosofia della politica*, pp. 261 sg.

([25]) *Indipendenza dello Stato dalla Chiesa*, cit., p. 129. S'intende come codesta responsabilizzazione etica dei governanti sia cosa indispensabile al mantenimento della tradizionale impostazione pubblicistica che ripone la superiorità della Chiesa nel potere eminente che le spetta di 'sciogliere e legare': che è potere non esercitabile nei confronti dell'ente astratto Stato, inteso (lo dicevo) come un apparato senza un'anima: « universitates non habent animam ».

([26]) *Indipendenza dello Stato dalla Chiesa*, cit., p. 129.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unionistiche, tipo *ancien régime*, che vogliono rifarsi a un '*sistema di immistione*' (così lui lo chiama) o a un '*sistema di alleanza*'. E qui non posso diffondermi sul punto. Ma il '*sistema di organismo*', che egli propone e patrocina, non è meno pregnante:

> « ... come l'uomo, benché individuo, è composto di due parti intimamente connesse, l'anima e il corpo, così parimenti l'organizzazione della umanità risulta di due parti, che per la stessa natura delle cose hanno il più intimo nesso tra loro, e che si dicono la Chiesa e lo Stato, la società ecclesiastica e la civile » (27).

Da cui la conclusione (che forse taluno oggi direbbe integralistica) che

> « queste società, dunque, sebbene distinte e inconfondibili, non formano e non devono formare che una sola e perfetta organizzazione dell'uman genere » (28).

* * *

21. Una delimitazione parallela [una parallela restrizione] tocca il concetto rosminiano delle *libertà civili*; e — in modo segnatamente percepibile — quello della *libertà di coscienza*. E ciò per la solita ragione: che le une e l'altra non son viste [né sarebbe pensabile il contrario] nell'ottica laica e pluralistica della ideologia liberale, e nell'ottica separatistica dello Stato di diritto: per cui la facoltà di auto-determinazione personale, riconosciuta e garantita agli individui, è rimessa al loro esclusivo apprezzamento; e segue i loro convincimenti soggettivi: senza incontrare altro limite che quello dell'eventuale oggettivo nocumento che possa derivarne agli altri consociati e all'ordine sociale. Dal Rosmini la tematica delle libertà fondamentali è riguardata nel quadro d'una ideologia totalizzante: legata a un fatto rivelazionistico specifico; e a una morale positiva, che sostanzia lo stesso sistema di diritto.

Rimane fermo — nei due casi — lo schema formale della libertà. Ma varia — e non di poco — l'incidenza normativa storica di essa.

---

(27) *Armonia tra lo Stato e la Chiesa*, (1853), in *Opuscoli politici*, cit., p. 146.
(28) *Armonia tra lo Stato e la Chiesa*, cit., p. 146.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sul piano deontologico — qualunque sia l'ordinamento nel quale ci si ponga — l'idea di libertà non implica che l'uomo possa ambire a esprimere illimitatamente le facoltà fisiche e psichiche di cui è dotato. Non può significare che egli possa presumere di far tutto quello che gli aggrada: tutto quello che vuole, e che può fare. Laddove sempre s'è imposta l'esigenza — non solo dottrinale sì anche pratica — di tracciare una linea di confine fra la vera e la falsa libertà. Si è sempre avvertito la esigenza di distinguere la *libertà* (etica e giuridica) dall'*arbitrio*, dalla *licenza*: i quali non sono manifestazioni di '*perfectio libertatis*', sì invece di '*defectus libertatis*'. E detta linea di confine non può esser segnata che da certi parametri assiologici: i quali [e questo è il punto] possono ben esser diversi, nella variforme esperienza ordinativa umana.

Come dire che il concetto di '*libertà giuridica*' non può essere — nella valenza operativa — se non un *concetto relativo ad ogni dato ordinamento storico*. E questo in diretta dipendenza degli specifici valori societari che soggiacciono a ciascun ordinamento, e lo vivificano: dei quali ciascun ordinamento si fa strumento di tutela e di promozione.

Ne viene [diretta conseguenza] che quella linea di confine, che tien separata la libertà dalla licenza, non può non seguire un tracciato diverso secondo che ci si collochi nella economia di un ordinamento storico che vuol restringere il suo compito autoritativo alla *disciplina dell'utile sensibile*, senza star a esprimere giudizi di valore sul modo onde i soggetti vivono la propria vita morale e la propria vita spirituale; o ci si metta nella difforme economia d'un altro ordinamento il quale invece *concateni la giuridicità alla moralità*, e sanzioni giuridicamente la morale: consacrando la virtù, punendo il vizio.

Tant'è che il nostro Autore — proprio perché muove dal principio (che è essenziale nel suo sistema filosofico e giuridico) della implicazione del diritto nella morale — si pone, risolutamente, in questo secondo ordine di idee:

> « La *libertà* per contrapposto alla *licenza* non può essere che il libero esercizio di tutte le facoltà umane regolato dalla legge morale. La *licenza* all'opposto, è bensì in qualche modo un esercizio delle facoltà umane, ma *non è regolato dalla legge mo-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rale, anzi a questa opposto. Tutto quello adunque che è vizioso nella umana attività, è licenza e non libertà: tutto quello che è lecito e virtuoso appartiene alla libertà » (29).

Donde la denuncia della radicale incoerenza (della ' assurdità ') di quella qualunque tesi che giunga a ipotizzare un qualche « diritto del vizio »; che reclami una « libertà di peccare », inconfigurabile affatto.

22. Forte dei suoi convincimenti [e in sintonia con i tradizionali ammaestramenti del *ius publicum ecclesiasticum externum*] il nostro Autore proclama a tutta voce — come un che di indeclinabile — il dovere di qualsiasi governo civile, che voglia onorare il proprio ufficio, di prestar ossequio alla « prima e fondamentale distinzione del bene e del male, sulla quale si appoggia la dignità e nobiltà del vivere umano e la sua viltà e ignobiltà » (30). Che è distinzione d'ordine morale, e di matrice religiosa: sanzionata dalla suprema delibera di Dio; e suffragata dal magistero della Chiesa, custode e interprete del dettame divino. Ma è canone di fondo a cui uno Stato rispettoso della idea di libertà (d'una idea di libertà correttamente intesa) è tenuto a conformare le sue proprie determinazioni giuridiche positive. Glielo ingiunge la sua stessa ordinazione a guarentigia dei diritti umani: concepiti — alla maniera del Rosmini — come « facoltà di operare protette dalla legge morale ».

A un buon governo (che voglia meritare questo nome) sta di circoscrivere — giuridicamente — la valenza operativa della idea di libertà: *riservandola all'ambito del bene*. Gli spetterà di favorire quei comportamenti soggettivi che siano corrispondenti alla legge morale: mercé i quali si sviluppa nella giusta dimensione la personalità dell'uomo, e si realizza la sua nativa dignità. E insieme sarà compito civile di contrastare tutte quelle altre attività che si rivelino moralmente inordinate: sino a esercitare quel « diritto di punire » che è « rivolto appunto a reprimere la licenza, e a proteggere la libertà » (31).

---

(29) *Licenza*, (1853), in *Opuscoli politici*, cit., p. 180.
(30) *Licenza*, cit., p. 179.
(31) *Licenza*, cit., p. 183.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È in questa poziore ordinazione al bene, inteso sempre in termini morali, che si sostanzia il vero '*liberalismo*' di qualsivoglia regime politico, quali ne siano le strutture istituzionali storiche:

> « Poiché que' governi, che colle leggi loro e colle loro disposizioni lasciano i cittadini liberi ad operare quanto naturalmente è lecito e buono, questi, qualunque sia la loro forma, o monarchica, o aristocratica, o democratica, o mista, sono a tutta ragione *governi liberali* » (32).

Dev'essere invece riprovato — con fermezza — quel qualunque altro governo il quale per contro si rifiuti a queste sue funzioni istituzionali; e in specie disattenda « il diritto e il dovere di reprimere la licenza » (33). Governi come questi

> « vogliono stabilire un diritto relativo al male »; « chiamano l'impunità del vizio diritto di libertà civile »; « stabiliscono quasi un diritto universale d'essere impunemente licenzioso » (34).

Cose tutte eticamente — e giuridicamente — inammissibili.

Semmai — fermo restando il suo compito istituzionale primario — starà al governo di esercitare la virtù della prudenza; e di graduare i suoi interventi, con ponderatezza: valutando di volta in volta (secondo criteri di accortezza che richiamano alla mente le figure canonistiche della '*dissimulatio*' e della '*tolerantia*') se procedere alla repressione del peccato, o se soprassedere alla medesima per evitare di far peggio:

> « ... non si tratta più di sapere 'se il governo possa e deva reprimere ciò che è vizioso, senza offendere la libertà'; ma si tratta di determinare entro quali limiti questo diritto del governo civile sia naturalmente ristretto, ristretto dico, non già da un sognato diritto di libertà che possa aver l'uomo a peccare impunemente, ma dallo stesso fine del governo, che ne determina le incombenze e i doveri » (35).

---

(32) *Licenza*, cit., p. 180.
(33) *Licenza*, cit., p. 179.
(34) *Licenza*, cit., p. 181.
(35) *Licenza*, cit., p. 182.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

23. Séguita a aver presa sul pensiero del Rosmini l'antica condanna canonistica (mai dimessa dalla ecclesiasticità ufficiale) delle '*leggi nutritive di peccato*', o '*leggi scandalose*': che sono appunto quelle che — per lo stesso fatto di lasciare al singolo la facoltà giuridica di non seguire (se non voglia) la virtù, o addirittura di concedersi al vizio — offrono a quell'uomo una « occasione prossima di peccato ». Ordigno demoniaco ('*instrumentum satanicae praevaricationis*') tali leggi non sono leggi vere. Non sono che prave espressioni di licenza. E il governo che purtuttavia le emani non potrà esser stimato ad alcun titolo un « *governo liberale* ». Sarà solo un « *governo licenzioso* »: che abdica al suo compito più degno; e si allontana colpevolmente dalla propria ordinazione.

> « Que' governi ... che nella formazione delle loro leggi, e in tutti i loro atti seguitano la massima, che c'è tanto più di libertà in un popolo, quanto maggiore gli si lascia facoltà, e maggiore gli si dà occasione di ubbidire alle passioni e di sfogarsi nei vizi: que' governi ... liberali falsamente si chiamano, ma sono veramente licenziosi » ([36]).

* * *

24. Come si pone allora — nel sistema — il problema, spinosissimo, della *libertà di coscienza*? In quali termini va messa la questione delle facoltà elettive, che competono alle singole creature umane, di compiere e onorare le scelte spirituali che rispondono al programma della loro edificazione personale? Come sfuggire — nel sistema — alla conclusione che la legge civile agnostica (quella che non vieta di scostarsi dalla verità: da

---

([36]) *Licenza*, cit., pp. 180 sg.

Né il Rosmini ha esitazioni a raffigurare — a un livello diciamo privatistico — il diritto di ciascuno (che, prima ancora, è un dovere ineludibile) di resistere, se necessario con la forza, alla 'seduzione al male' che gli provenga da un qualche altro. L'uomo ha « il dovere morale di evitare tutto ciò che può essere a lui occasione prossima di peccare. A questo dovere morale corrisponde il diritto di usare la forza ogni qualvolta l'attentato della altrui perversità procura a lui una occasione prossima di peccare, ossia una tentazione capace di farlo vacillare nella virtù, e non v'ha altra via di evitarla », *Filosofia del diritto. Diritto individuale*, n. 166, XXXV, p. 218.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una ' verità vivifica '; e non preclude di accedere all'errore: a un ' errore mortifero ') sia una legge singolarmente ' scandalosa '?

Certo — nel magistero del Rosmini — non mancano, in fatto di custodia piena e ferma della libertà delle coscienze, espressioni di larga apertura culturale. Basti pensare alle tante proposizioni, nobilissime, che arricchiscono i suoi scritti filosofici e politici. Basti riflettere alle stesse formole costituzionali, proposte a più riprese dal Roveretano: sulla cui interpretazione — in connessione coi princìpi — occorrerebbe soffermarsi a lungo. Son tutte espressioni assai efficaci, che fanno viva presa sulla attenzione del lettore. Eppure neanche in questo caso — malgrado la vivace parvenza delle cose — la riflessione del Rosmini dà a vedere di potersi sottrarre ai condizionamenti che le vengono dalla orientazione ideale del sistema. Il quale — proprio perché ordinato a un *summum bonum*: a un *bonum necessarium*, non disponibile ad opera degli uomini — non può non favorire certe forme di libertà di coscienza, a scapito di altre. Non può non secondare quelle scelte umane che si esprimono nella giusta direzione: che volgono — come devono — alla sola e vera Verità santificante.

A questa le singole persone [gli *homines viatores*: chiamati a guadagnarsi, nel transito terreno, un grande traguardo oltremondano] non hanno solo ' *interesse* ' a uniformarsi, per riuscir a condurre in salvo la propria anima. La loro adesione alla Parola non è solo diretta ad acquisire meriti morali segnatamente fruttiferi. Essi [quei peregrini sulla terra, beneficiari dell'opera salvifica del Redentore] hanno il ' *dovere* ' esistenziale (il quale, verso Dio, è visto dal Rosmini come dovere non solo ' morale ' ma ' giuridico '!) (37) di cogliere detta verità e d'intenderla, ricevendola e osservandola. E debbono farlo gratamente, con pienezza di partecipazione: « prompte ac delectabiliter ».

---

(37) « Certo è che gli uomini tutti, conosciuta che l'abbiano [la Chiesa], debbono entrarvi »: e un simile dovere, che è « solamente morale rispetto alla comunità dei fedeli che formano sulla terra la Chiesa militante, perocché l'uomo, non aggregandosi al corpo dei fedeli, non lede i loro diritti », è invece « morale giuridico verso Dio », *Filosofia del diritto. Diritto sociale*, n. 876, XXXVIII, p. 960.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A parte ogni ragione filosofica [e il Rosmini ne profonde da par suo] sarebbe uno svilire — se così non fosse — la centralità e la costitutività del Sacrificio della Croce.

25. Al nostro Pensatore [nel cui animo queste proposizioni hanno una vivida presa coscienziale] appare inconcepibile (« assurdissimo ») che possano esser messi su uno stesso piano il diritto di credere e quello di non credere; il diritto (la libertà) di professare un culto vero, o un falso culto; di ricevere e propagare la Parola salvifica di Dio, o farsi invece patrocinatori e diffusori d'un letale errore.

Lo stesso ' Rosmini profetico ' delle *Cinque piaghe* non esita a invocare l'amara autorità della *Mirari vos* di Papa Gregorio XVI. Non esita a riprovare con durezza il Lacordaire: reo d'indulgere alla inaccettabile pretesa di estendere ai non credenti [agli « empi »] le libertà medesime che spettano alla Chiesa. Costui

> « non ha veduto che la libertà non è che un diritto esclusivo della verità »; « ha accomunati i diritti della immutabile verità alla menzogna »; « ha innalzata la umanità senza Dio a quell'altezza di grado che solo appartiene alla umanità divinizzata dal Cristo » (38).

E via di questo passo (« Non è di un cattolico, tale dottrina, no »), per concludere:

> « Ma per me non veggo possibile che la verità e la giustizia si partano insieme; per me tengo che la verità sia l'appannaggio della società dei giusti; che il diritto di essere libero non appartenga all'errore; e che perciò l'uomo non nasca ma si renda libero pel Cristo, dal quale riceve la luce della verità e l'ornamento della giustizia » (39).

Proposizioni coraggiose: d'un uomo religioso, che crede in ciò che dice; e che non sente di poter sdiluire la sua fede. Ma proposizioni non certo liberali.

---

(38) *Delle cinque piaghe della Santa Chiesa*, in *Opere di Antonio Rosmini*, 56, Roma, 1981, p. 91.

(39) *Delle cinque piaghe*, cit., p. 91.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

26. Nessuna esitazione — da un punto di vista liberale — a convenire col Rosmini quando questi, nell'ampia trattazione che dedica al problema nella *Filosofia del diritto,* ammonisce che « l'impiegare la forza per costringere altrui ad aderire ad una credenza religiosa, sebben vera, è un assurdo logico, ed una manifesta lesione di diritto » (40). Lo si può seguire quando spiega che è un '*assurdo logico*' per via che « l'intelletto si convince con la sola ragione » (41). [Che del resto è riaffermare un luogo ricorrente della giuspubblicistica cattolica]. Ma lo si sente meno convinto e meno coinvincente quando passa a dirci perché si tratta di una '*lesione di diritto*'.

E invero — preoccupandosi di distinguere la « dottrina giuridica della libertà di coscienza » (di cui si professa « amico e fautore ») dalla inaccettabile « dottrina giuridica dello scetticismo religioso » (42) — il nostro Pensatore vien alla fine a sminuire il ruolo edificante della libertà di coscienza, quando riferita a colui che versa nell'errore.

Con qualche sfuggevolezza espositiva, che disdice alla gravità dell'argomento, egli in effetti non ne fa l'inclita espressione d'un diritto essenziale dell'uomo: legato alla sua intrinseca natura di centro vitale non fungibile. Non ne fa l'espressione di un diritto radicato alla persona. Esclude difatti che ci si possa richiamare ad un « preteso diritto, che si vanta proprio di ciascun uomo, di tenere qualsivoglia opinione falsa, anche conosciuta per tale » (43). Anzi proclama con vivezza: « Io protesto altamente contro questo diritto assurdissimo » (44). Per dar un fondamento alla sua tesi,

---

(40) *Filosofia del diritto. Diritto individuale,* n. 186, XXXV, p. 225.

(41) *Ivi,* n. 187, p. 225.

(42) *Ivi,* nn. 184 sgg., p. 225.

(43) *Ivi,* n. 188, p. 225.

(44) *Ivi,* n. 188, cit., p. 225.

Non sempre appare chiaro — nella esposizione del Rosmini — quando egli intenda riferirsi al caso d'un qualcuno che pretenda di seguire un proprio errore che sa essere errore, o invece al caso di chi vuol attenersi ad un errore nella persuasione di seguire il vero. La cosa si complica per certe presunzioni di mala fede che il Rosmini ricollega al canone — per lui fondamentale — che gli uomini siano in grado di discernere il bene dal male, sicché nessuno può « assentire a cose intrinsecamente immorali ... con errore di buona fede », *Filosofia del diritto. Diritto individuale,* cit., n. 195, p. 238.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il Nostro deve necessariamente far ricorso a giustificazioni d'altro tipo: le quali più non si collegano a un'alta istanza di *rispetto della interiorità della persona*; ma invece si richiamano alla più semplice *esteriorità delle sue proiezioni reali*. E questo ha tutta l'aria d'una soluzione di ripiego, fondata su un discutibile espediente.

> « La lesione del diritto, nel caso da noi posto, non consiste nell'attentato contro un diritto così immaginario e così assurdo; ma consiste in questo che nell'impiego della forza si fa altrui un danno, s'infligge altrui una pena ». Così agendo « si entra *nella sfera dell'altrui proprietà*; giacché ciascuno ha diritto di non essere danneggiato *nella sua proprietà* » (45).

E l'intero discorso del Rosmini (molto variamente articolato, ricco di spunti interessanti, ma deludente: tutto imperniato, com'è, su questo debole cardine formale) si svolge in chiave di contrapposizione fra la *libertà di coscienza* vera e propria, che tocca con ogni immediatezza la intimità della persona e attende a potenziarne la umana nobiltà, e un tale più dimesso diritto esterno di *proprietà*, o di *possesso*. L'una [la libertà della coscienza] riferita alla fruizione, quanto più piena e più gratificante, dei benefici della verità: contro — se occorre — la prevaricazioni dell'errore. L'altro ristretto invece alla sola preservazione dell'errante [del patrimonio dell'errante] da ingiuste turbative estrinseche (46).

27. Or questo diritto estrinseco — in cui si esprime (agli occhi del Rosmini) la « dottrina giuridica della libertà di coscienza », quando riferita alla posizione dell'errante — è bensì tale da proteggere il soggetto titolare da violenze e abusive intromissioni: così da collocarlo in una sfera immunitaria pratica

---

(45) *Ivi*, n. 188, cit., p. 225.

(46) « Un uomo adunque lede il diritto che ha ciascuno alla incolumità e alla sicurezza della proprietà, quando toglie con un atto brutale ad infliggere una pena ad un suo simile per costringerlo ad abbandonare certe credenze religiose false, ed a prendere certe altre credenze religiose da lui credute vere, e che io qui pure suppongo come indubitatamente vere », *Filosofia del diritto. Diritto individuale*, cit., n. 189, p. 226.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ove gli è dato di potersi conformare al proprio credo. [Protezione tanto più giustificata quanto più il soggetto si presenti in buona fede; e quanto più avanzata si riveli la qualità morale della credenza che egli pratica. Il tutto in relazione, un po' forzata, con la tematica della difesa possessoria]. Ma quel medesimo diritto resta un diritto secondario: dalla cui efficacia operativa la pretesa coscienziale del soggetto di credere in ciò che vuole (in ciò che sente appagare i suoi bisogni più elevati e le sue personali aspettative) non trae che una protezione di riflesso.

Non è detta pretesa soggettiva il '*bene*' che vuol essere attuato in via immediata. Non è essa il '*valore*' che è giudicato meritevole (per se stesso) di tutela, e di promozione.

> « Or egli è certo che la verità religiosa morale può esser sempre giustamente difesa, e che l'errore non può mai essere giustamente difeso » (47).

Vero che non mancano in Rosmini delle espressioni assai felici circa la piena facoltà di ognuno di « esercitare le leggi della propria religione in tutte la loro estensione » (48). E certo il Nostro si preoccupa di escludere — di massima — una interferenza autoritaria del potere politico. Però è un fatto che i postulati ideali da cui muove lo conducono — necessariamente — alla raffigurazione d'una disparità di trattamento fra le diverse credenze religiose. Il che — se vale in primo luogo al livello (diciamo privatistico) dei rapporti inter-personali fra i credenti che rispettivamente le coltivano — non manca di aver peso anche sul piano pubblicistico dei compiti di governo.

28. Nessun dubbio [per quanto concerne il primo punto] che la posizione di « quelli che posseggono delle credenze veramente morali e degne di Dio » debba prevalere sulla posizione di quegli altri che danno invece il proprio assenso a delle superstizioni « false e insensate », « false e scempie »; o addirittura condiscen-

---

(47) *Ivi*, n. 204, p. 228.

(48) Aggiunta autografa del Rosmini a *La Costituzione*, nella Rosminiana, p. 18, in COLLOVINI, *Il primato del neoguelfismo rosminiano*, in *Atti congr. intern. di filosofia A.R.* (1955), Firenze, 1957, p. 494.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dono a una qualche credenza « intrinsecamente rea ed immorale » (49). Ai primi non solo spettano spazi operativi ben più ampi; ma è anche dato — a fronte degli erranti — di farsi « giudici competenti a riconoscere quali sieno le superstizioni prive di moralità » (50). Sta a dire che gli erranti — in luogo di poter ambire a una parità di condizione — saranno invece tenuti « ad ascoltare con animo pacato gli altrui ragionamenti, e a riconoscere ed accogliere quel vero morale che in quelli si contiene » (51).

Chi vi si ricusasse sarebbe « per questo solo colpevole ed ingiusto » (52). E la eventuale sua pretesa alla propalazione dei suoi « errori superstiziosi », o delle sue « immoralità », non potrebbe aspirare a una legittimazione qual che sia (53). Lungi dall'esprimere un diritto di libertà, una pretensione così fatta verrebbe proprio a vulnerare la libertà di coscienza [la libertà di coscienza vera e propria: rapportata alla umana dignità della persona] di tutti coloro che partecipano della verità. Sarebbe una

> « lesione del diritto della natura umana, contro alla quale ognuno si può difendere, salvo le regole moderatrici d'una giusta difesa » (54).

Non solo: ma — negli stessi rapporti fra persone di religiosità avanzata, che tutte si trovino in possesso di credenze eticamente degne [« nell'una e nell'altra delle quali ci hanno delle cose vere e morali »] (55) — in questi medesimi rapporti non si potrà non favorire la posizione personale di colui che è nel vero totalmente, a paragone di chi invece séguiti (sia pur in qualche tratto) a indulgere all'errore. Ed è proprio in ordine a quest'ultimo che il nostro Autore crede di poter fare applicazione dei criteri che presiedono alla tutela possessoria nella forma più avanzata: quella riferita al « possessore illegittimo in buona fede » (56). Il quale

---

(49) *Filosofia del diritto. Diritto individuale,* cit., nn. 194 sgg., pp. 227 sg.
(50) *Ivi,* n. 199, p. 229.
(51) *Ivi,* n. 200, p. 229.
(52) *Ivi,* n. 200 cit., p. 229.
(53) *Ivi,* n. 196, p. 228.
(54) *Ivi,* n. 194, pp. 227 sg.
(55) *Ivi,* n. 201, p. 229.
(56) Con questa differenza: che — mentre nel possesso la buona fede diventa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— se potrà beneficiare d'una congrua difesa — rimarrà però pur sempre un « possessore illegittimo ». E quindi neanche lui potrà vantare un proprio '*diritto di sbagliare*'. Quali che siano le sue pretese [ché un « vero diritto » non può venir riconosciuto « in chi crede erroneamente di averlo, ma in chi lo ha »] (57) egli potrà solo attendersi di non esser penalizzato in conseguenza del suo errore.

> « Quegli che sostiene l'errore in buona fede, ha diritto di esser trattato senza alcun infliggimento di pena, poiché egli è incolpevole, sebbene non abbia diritto a sostenere il suo errore eziandioché egli sel creda » (58).

29. Quanto all'altro punto [agli eventuali poteri d'intervento della autorità politica: di quella autorità cui tocca, nel sistema, ricordiamolo, una pura funzione minimale] il Rosmini si dice favorevole — a norma dei princìpi — a quei soli ingerimenti che mirino a reprimere « le violenze esterne, le calunnie, le ingiurie »: che cioè vogliano metter riparo a delle oggettive turbative sociali con cui « l'uno ha offeso i diritti dell'altro »; e si preoccupino di farlo « indipendentemente dalla causa che egli sostiene » (59).

> « La causa della verità e dell'errore, della moralità e della immoralità, è causa della persona umana; ella perciò non è causa del governo, ma causa dell'uomo » (60).

---

mala quando è svelato il vero stato delle cose — nell'errore religioso bisogna procedere con maggior cautela: « ... Perocché, anche dopo esposte altrui le ragioni che riconvincono un'opinione di errore, non si può sempre dire che l'errante cessi dall'essere in buona fede, potendo non averle egli bastantemente comprese, e d'altra parte non essendo in potere dell'uomo il torre a un altro uomo un errore colla forza, come si può torre dalle sue mani un oggetto materiale, una moneta, una veste, una possessione. Rimane solamente al possessore della verità il diritto di difenderla a se stesso e ad altrui co' mezzi più miti che sia possibile, e graduati, cioè coll'arrecare il minimo incomodo a colui che rimane così ostinato nell'error suo, anche dopo udite le ragioni avverse, e vuol pur propagarlo », *Filosofia del diritto. Diritto individuale*, cit., n. 207, p. 230.

(57) *Ivi*, n. 235, p. 238.

(58) *Ivi*, n. 205, p. 230.

(59) *Ivi*, n. 224, p. 234.

(60) *Ivi*, n. 225, pp. 234 sg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E questa sarebbe — per se stessa — una posizione laica, di tipo in certo modo astensionistico, per non dire agnostico: tale da preludere a una soluzione di tipo liberale.

Eppure — malgrado codesto formale atteggiamento — Rosmini finisce poi lo stesso con l'ammettere (anzi col richiedere) un certo interventismo dello Stato, commisurato proprio al valore intrinseco delle credenze religiose. Lo Stato — egli argomenta — non è un che di astratto, di estraneo al mondo; sì invece è una corposa realtà storica. È una entità concreta, fatta di quegli uomini concreti che ne son parte e lo governano. I quali (diremmo oggi) son ' uomini reali ', vivi e veri: forti di proprie convinzioni coscienziali; legati a propri sentimenti di doverosità. Ed essi ben possono avvertire l'urgenza spirituale di mettersi al servizio della Verità; e di impegnare a suo favore « i mezzi che sono in loro potere ».

> « Se io per governo intendessi un cotal ente di ragione, che sta sospeso, per così dire, nelle regioni delle nubi, e dove non entrassero né punto né poco umani individui, dovrei indubitatamente concedere la conseguenza che a voi pare dover provenire da' miei princìpi, e dovrei anch'io dire, come poco fa fu detto, che ' la legge è atea '. Ma in quella vece, agli occhi miei, un governo non è che un aggregato di uomini in carne ed ossa, i quali governano la società ... Dunque, come tutti gli uomini sono giudici, lo vedemmo, quando trattasi di verità e di moralità, così del pari sono giudici in tal materia anche gli uomini impiegati nei governi, dal primo di essi fino all'ultimo » ([61]).

30. A ragionare in questo modo [e qui si manifesta, a mio parere, un grave limite nella visione che il Rosmini ha dello Stato] si finisce in sostanza con l'incorrere in una sorta di ' privatizzazione ' delle funzioni di governo degli uomini di governo: determinata dalla ammessa (e giustificata) incapacità di essi a erigersi al di sopra della propria dimensione individuale.

> « E come a tutti gli uomini è ugualmente lecito, e talora doveroso, difendere le proprie e le altrui credenze religiose, se

([61]) *Ivi*, n. 228, cit., p. 235.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sono vere, così agli stessi uomini che governano è lecito, ed anco doveroso, ciò fare » ([62]).

Anzi codesta interposizione autoritaria non ha titolo a esaurirsi in una semplice azione difensiva. Essa potrà anche esprimersi dinamicamente (diciamo così espansivamente) nella propagazione attiva di ciò che è morale, e ciò che è vero.

> « Che se poi, invece di difendere la propria vera, trattasi di assalire l'altrui religione falsa, gli uomini di governo possono farlo altrettanto, e nella stessa maniera che il possono fare tutti quelli che sono intimamente persuasi di possedere la verità, e di giovare all'uomo col propagarla » ([63]).

Nella edificante prospettiva di questo comune vantaggio spirituale — e nel rispetto delle debite cautele — una condotta governativa sollecita del Vero diventa essa stessa doverosa: in quanto proprio rapportabile al « fine ultimo della società civile » ([64]). L'importante è che gli uomini che formano il governo sappiano procedere con moderatezza: « dolcemente » — dice il Rosmini — o « blandamente » ([65]). Che essi bensì adoperino i « mezzi di persuasione » (e la « influenza governativa ») di cui possono disporre; ma rifuggano degli strumenti afflittivi o coercitivi ([66]). Insomma:

> « Dove si tengano entro a questi precisi confini, le leggi stesse e tutti gli altri mezzi governativi possono e debbono essere ordinati al fine non solo della difesa, ma ben anco della

---

([62]) *Ivi*, n. 228, cit.: « E come ciascuno in questa difesa adopera i mezzi che sono in suo potere, così gli uomini di governo del pari adoperano i mezzi che sono in loro potere, fra i quali mezzi si conta l'influenza governativa ».

([63]) *Ivi*, n. 228, cit.: « ... il possono fare, in una parola, purché non entrino nella sfera degli altrui diritti, né assoluti né relativi, e perciò usino sempre i mezzi della persuasione, e non punto quelli della forza bruta, o delle pene o di danni apportati o minacciati ».

([64]) *Ivi*, n. 229, p. 236.

([65]) *Ivi*, n. 235, cit., p. 236: « ... abbiamo già detto che noi non riconosciamo un vero diritto in chi crede erroneamente di averlo, ma in chi lo ha. Abbiamo detto che con tutti quelli che, credendo di possedere in buona fede un diritto lo esercitano, è da procedere blandamente ».

([66]) *Ivi*, n. 228, p. 235.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

propagazione della verità, della moralità, e della vera religione; che deve essere il fine ultimo della società civile » (67).

31. Pur in questo caso [secondo un motivo già notato] la '*cattolicità dello Stato*' non farà che riecheggiare la '*cattolicità dei cittadini*', e la '*cattolicità dei governanti*'. Talché il nostro Pensatore — pur respingendo *in thesi* (come già avvertito) la nozione di mera '*tolleranza*', in cui ravvisa giustamente un tristo retaggio del passato — dà poi a vedere di servirsene ugualmente nella reale sostanza delle cose. Una tolleranza non più episodica, la sua: legata ai singoli casi di vita reale volta per volta considerati, e soppesati di volta in volta nelle circostanze che li tipicizzano; ma tolleranza generalizzata, e come 'istituzionalizzata'. Pur sempre consistente — nondimeno — in una semplice 'immunità da costrizioni estrinseche'. Laddove i diritti della verità rimangono poziori: e posson essere promossi dinamicamente; ed anche fatti agire — con la debita misura — sullo stesso errante.

Insomma (quale che sia la sua apertura, diciamo la sua capacità di comprensione, verso coloro che dissentono dal Vero) il Rosmini non sente di poterli assolvere. Non sente di poterli altrimenti giudicare che come miseri soggetti umani [che una stringente carità cristiana sollecita a soccorrere] i quali spendono male — con proprio letale nocumento — le loro personali facoltà elettive: volgendole verso una falsa direzione.

* * *

32. Qui non mi posso trattenere [debbo pur concludere] sui molteplici altri aspetti d'una tanto complessa problematica che meriterebbero di venir affrontati e approfonditi. Posso permettermi soltanto qualche rapida considerazione conclusiva, riallacciandomi al mio iniziale assunto critico: che (se molti e grandi sono i meriti umani e culturali, e civili, che vanno riconosciuti *toto pectore* al Filosofo di Rovereto; se prezioso è il contributo da lui reso alla filosofia politica cattolica) sarebbe però erroneo — e sarebbe fargli torto — attribuire ad Antonio Rosmini degli altri atteggiamenti di più segnata indipendenza rispetto al Magi-

(67) *Ivi*, n. 229, p. 236.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stero. Atteggiamenti diciamo più ' azzardati ', che — quale il nostro apprezzamento di oggi — al Rosmini non sarebbero potuti apparir altro che erronee diversioni da princìpi di perenne autorità.

Si può lodare il moderatismo civico del Nostro, lontano da antiche insofferenze. Se ne può apprezzare il netto rifiuto di seguitare a prevalersi di armi autoritarie: spiritualmente inefficaci, e anacronistiche. Tutto questo si può e si deve fare: anche da quanti muovano da altre concezioni dell'uomo e della vita. Ciò che non penso invece sia fattibile è giungere *tout court* alla conclusione [alquanto semplicistica, direi] che quindi — per ciò stesso — ci si trovi alla presenza di attitudini di segno ' *liberale* ': sempre che non ci si voglia riferire (a un livello diciamo colloquiale) a un liberalesimo assai generico, dai contorni evanescenti; fatto quasi sinonimo di semplice comprensione civile, e di civile temperanza; ma si voglia invece assumere (così come si deve) il liberalesimo ideologico e politico nel suo significato storico puntuale.

E quelle proposizioni rosminiane non sono ' *liberali* ' proprio perché coerenti ai primi postulati del sistema rosminiano: che sono ' *cattolici* '; e lo sono con assoluta fermezza, sino in fondo. Tanto fermamente che dovrebbe restarne scoraggiato qualunque tentativo dottorale di far luogo — in tono vagamente irenistico — a certe impossibili agglomerazioni culturali: capaci di nuocere alla fine a entrambi i termini [al cattolicesimo, da un lato; al liberalesimo, dall'altro] che si vorrebbero conciliare e quasi contemperare in una sorta di sistema misto, intrinsecamente contraddittorio.

Si può parlare — se si vuole — di cattolicesimo anti-autoritario, aperto, tollerante; o ancora di cattolicesimo patriottico, risorgimentale. [Mi rifiuterei di parlare, tuttavia, come s'è fatto da taluno, di cattolicesimo collaborazionista!]. Ma voler parlare di ' *cattolicesimo liberale* ' può esser fonte di dannosi equivoci: di fraintendimenti seri, sul piano culturale ed ideologico. [E andrei anche cauto nel parlare di cattolicesimo transigente, se intendiamo — per ' transigere ' — la stessa cosa: ché nulla c'è di più remoto dal magistero rosminiano che lo spirito transattivo dell'« aliquo dato, aliquo retento »].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Son tutte aggettivazioni accomodanti. Le quali si propongono — almeno in qualche misura — di attenuare l'impatto ideale del sostantivo ' cattolicesimo ', con quanto questo si porta appresso di valenza storica. Laddove merito grande del Rosmini è proprio quello di aver professato e prodotto a effetto — senza remore e timori, né aggiustamenti praticistici — il suo ' *cattolicesimo* '. Egli ha affermato con franchezza quanto altri hanno cercato e cercano invece di velare di soffuse ambiguità. E forse è proprio in questo che prende corpo la sua maggior ' attualità ': giacché ancor oggi l'accostarsi, benché critico, al magistero del Rosmini, è cosa ben più fruttuosa — anche per quelli che non credono — che non il confrontarsi con chi invece sfuma il suo pensiero sino a renderlo sfuggevole.

In questo rigore intellettuale — sentito sino in fondo all'animo — sta una nota insigne di grandezza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CLOVIS DO COUTO E SILVA

CONTRIBUTION A UNE HISTOIRE DES CONCEPTS DANS LE DROIT CIVIL ET DANS LA PROCEDURE CIVILE

(L'actualité de la pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow)

Introduction.

Pour ceux qui s'intéressent encore à l'exactitude de l'analyse juridique, les origines doctrinaires de certains concepts fondamentaux et pour le droit civil et pour la procédure, d'après les idées d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow, peuvent ne pas être négligeable. Ce dernier, nul n'ignore, a contribué non seulement à la doctrine de la procédure civile, mais aussi à celle du droit civil, tout au moins en ce qui concerne la théorie de l'acte juridique. Otto Karlowa, à son tour, malgré l'originalité de sa contribution, n'eut pas à ce sujet grand succès à son époque, ce qui ne veut pas dire que ses idées ne méritent pas une nouvelle réflexion, dans la mesure où elles peuvent présenter une grande valeur du point de vue de la soi-disant dogmatique juridique, c'est-à-dire de l'ensemble de concepts qui rélèvent d'une branche du droit.

L'histoire des concepts est un domaine du droit qui, semble-t-il, n'a pas été suffisament étudié à cause du regrettable et excessif conceptualisme en vigueur pendant une bonne partie du siècle dernier et même du XXème siècle. En effect, à force de créer une science du droit fondée sur la précision des concepts juridiques, la « jurisprudence des concepts » (*Begriffsjurisprudenz*) a mis l'accent exclusivement sur l'aspect conceptuel des règles juridiques. Ainsi, il n'y a pas — ou il semble ne pas y avoir — de comparaison entre plus d'un secteur juridique à la recherche d'un certain parallélisme de formation conceptuelle, comme réponse à des questions semblables qui peuvent concerner plus

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'une branche du droit. Il faudrait donc examiner, spécialement dans la science juridique du XIXème siècle et du début du XXème, le développement simultanné de certains concepts du droit matériel et de la procédure civile. Aussi conviendrait-il remarquer les ingérences, dans la science du droit, du changement progressif du milieu économique et social et la tendance à embrasser maintes situations dans certains concepts traditionnels, comme celui de l'acte juridique (*Rechtsgeschäft*).

A maintes égards, le raisonnement applicable à la formation de concepts et de la terminologie juridique peut être degagé à travers ce modèle fondamental de la science juridique, n'étant pas difficile d'y apercevoir une progressive abstraction avec la perte de ses contenus spécifiques et caractéristiques, de son lien empirique, ne prédominant que les aspects formels, comme il en arrive d'ailleurs dans la philosophie (1). Il y a enfin une tendance à la pureté conceptuelle, inadéquate le plus souvent à la compréhension de certains phénomènes, au lieu de la création ou de l'application d'autres concepts qui mieux serviraient à cette finalité. Il faut également remarquer que les concepts ne sont que des réalités du « monde juridique », c'est-à-dire du monde de la pensée, quoiqu'ils ne soient pas pure substance; il ne sont, dans une certaine mesure, que des réalités fonctionnelles insoumises à une causalité semblable à celle du monde de la nature. Les éléments les plus importants à l'élaboration du concept actuel d'acte juridique ont été le résultat des discussions au sujet de l'application de la notion de « fattispecie » (*Tatbestand*) dans le domaine du Droit Civil; des effets des vices de la volonté, particulièrement celui de l'erreur; de la nature des conditions, spécialement de la condition suspensive; et enfin de la nature des actes juridiques de formation successive par rapport à la qualification juridique de chacune de ses diverses phases. De sa façon, chacune des réponses à ces questions a contribué à l'actuel concept d'acte juridique.

La pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow, dans une certaine mesure, se rapprochent en ce qui concerne la théorie de

---

(1) Rudolf EUCKEN, *Geschichte der philosophischen Terminologie*, Leipzig, 1879, p. 33.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'acte juridique, puisque l'un et l'autre en mettent l'accent sur le régime juridique. Néanmoins, Otto Karlowa soutient que l'acte juridique existe quoique ses effets de droit ne se produisent pas, tandis que Oskar Bülow ne distingue point entre existence et production d'effets juridiques.

Paradoxalement, au moins en apparence, Oskar Bülow a recherché le premier les conditions d'existence du rapport juridique dans la procédure civile avant même qu'Otto Karlowa ne s'en est occupé dans son ouvrage sur l'existence et la production d'effets de droit de l'acte juridique lui-même.

En droit allemand, rappelons-le, on distingue plusieurs types d'acte juridique, selon les effets de droit qui découlent de la volonté des particuliers. Il n'en a pas été toujours de même lorsque le concept de l'acte juridique se confondait avec celui de la déclaration de la volonté.

Ce qui nous nous proposons à examiner, à la lumière de la pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow, c'est la question de l'existence des faits juridiques et du rapport procédural, en tant que question révélatrice d'un parallélisme perceptible au développement progressif du concept d'acte juridique et de rapport juridique. Toutefois, cette analyse ne serait pas compréhensible sans l'examen préalable de la polémique au sujet de l'essence de l'acte juridique à laquelle se lie, d'une certaine manière, le climat culturel de l'époque, avec des répercussions profondes dans les notions d'acte juridique et de procédure ou de rapport juridique procédural. De l'examen de l'essence de l'acte juridique devrait en résulter la question de l'existence de l'acte juridique. Finalement, la nature elle-même de cet essai suscite quelques indications de droit comparé concernant tantôt la « découverte » ou la réception du concept d'existence des actes juridiques, tantôt à son rejet par quelques auteurs d'expression.

I. *La polemique au sujet des « essentialia negotii » et la théorie de l'acte de procedure.*

Il faut d'orès et déjà écarter l'affrmation de Nörr selon laquelle les faits vraiement remarquables dans l'histoire de la procédure civile sont peu nombreux, à la différence de l'histoire du

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

droit civil. Certes, il ne rélève que la procédure formulaire, en droit romain, et la procédure germano-canonique du Moyen-Age (2). Toutefois, quoiqu'on n'en fasse pas toujours allusion à l'époque où « *Le raisonnement fondé sur le concept procédural d'action* » a prévalu, il vaut la peine de remarquer que la procédure civile n'a pas une élaboration conceptuelle autonome, dissociée de la problématique révélée par le Droit Civil, spécialement au XIXème siècle. Comme il est bien connu, celui-ci fut le siècle le plus important à l'élaboration des concepts dans le Droit Civil et dans la Procédure Civile, mais nombre de juristes affirment qu'à partir de cette époque une théorie procédurale autonome s'est développé, déliée des conceptions du Droit Civil.

Il convient de rappeler que Daniel Nettelbladt, au XVIIème siècle, a défini en même temps l'acte de procédure et l'acte de droit matériel (3), celui-ci étant ce qui « *iura et obligationes pertinet* », formulant un concept que la doctrine allemande, et plus tard l'italienne, a designé d'acte juridique (*Rechtsgeschäft*) (4).

---

(2) *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen, 1976, p. 1.

(3) NÖRR, *Naturrecht*, cité, p. 19.

(4) Il n'est pas facile d'établir le sens de ce terme. Oskar BÜLOW (*Das Geständnissrecht, Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg, 1899, p. 134, note 1) a soutenu que Geschäft (affaire, acte) en allemand a également le sens de « commandement » et d'« ordre ». Toutefois, l'expression Rechtsgeschäft, encore au siècle passé, doit être à l'origine d'une certaine surprise puisque Joseph Unger, juriste autrichien, faisant allusion à Rechtsgeschäft met à son côté l'expression « *negotium juris* » (*System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, v. 2, Leipzig, 1876, § 8, p. 40). Au sujet de l'histoire du concept, voir Manfred HARDER, *Die Historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen*, dans *Archiv für civilistische Praxis*, 173 (1973) notamment pp. 216 et suivantes. M. RIEG (*dans Le Rôle de la Volonté dans l'Acte Juridique en Droit Civil Français et Allemand*, Paris, 1961, n. 390, p. 384) fait appel à l'expression « acte d'affaire » pour traduire l'équivalent allemand « *Rechtsgeschäft* ». Nous préferons cependant utiliser l'expression acte juridique pour désigner le mot allemand. Nous ne ferons usage de « l'acte d'affaire » que lorsqu'il sera nécessaire de souligner la distinction entre plusieurs types d'actes juridiques (voir, *infra*, note 24). Il ne faut pas néanmois exclure le testament en tant qu'espèce d'acte d'affaire, comme le fait M. RIEG (*op. cit.*, p. 387, 381 et suivantes). L'expression affaire (*Geschäft*) en droit allemand, est prise dans le sens technique », comme nous venons de voir, ce qui ne semble pas exclure les actes juridiques à cause de mort.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quoiqu'on eût taché à établir une notion générale de ce terme, on n'en avait pas une formulation exacte. Pendant tout le XIXème siècle, on a en quelque sorte cherché à établir son concept.

Pour avoir une idée de la science juridique du XIXème siècle, il faut remarquer que sans le concept de « fattispecie » (*Tatbestand*) dans le Droit Civil, on n'aurait pas atteint le stage de développement admiré par autant de juristes. L'un des premiers à appliquer ce concept au Droit Civil fut Jhering. La notion est venue du Droit Pénal et a attiré l'attention sur le rapport existant entre le fait discipliné par la règle et ses effets. Toujours avant l'adoption de ce concept par le droit privé, ne tenait-on en juste compte le rapport nécessaire entre la règle et les faits par elle prévus; ni les effets résultant de l'application des règles aux faits par elle décrits ([5]).

Le phénomène eut lieu également dans le droit international privé où l'on attribue à Savigny la tendance à examiner non seulement la règle juridique mais aussi le fait par elle prévu; et ensuite on aurait certainement transferé au droit civil cette façon d'analyser l'application du droit. La notion de « fattispecie » est devenue donc importante de même que le mécanisme logique de la subsumption qui, de nos jours, a acquis une autre configuration moins physicaliste.

([5]) Le concept de « fattispecie » (*Tatbestand*) eut de divers sens, important surtout celui d'ensemble des faits nécessaires à la réalisation d'effets juridiques. On a passé à examiner plus attentivement les faits et les effets juridiques découlant d'eux, en vertu de l'application de la loi. Ce procédé a modifié la façon actuelle de comprendre la théorie des faits juridiques, donnant origine au concept de subsumption (voir Karl PETER, *Die Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolgen und mehrerer gleicher Rechtsfolgen*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 12 (N.F.), p. 5 et suivantes; Antonio CATAUDELLA, *Fattispecie e Fatto*, dans *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, s.d., p. 926-941); Karl LARENZ, *Fall-Norm-Typus, Festgabe für Hermann und Marie Glockner*, 1966, p. 149-164; voir spécialement au sujet de la « *typicité normative* », Miguel REALE, *Il Diritto come Esperienza*, Milano, 1973, p. 135 et suivantes; pour un concept plus strict de subsumption considérant le droit en tant que système clos, voir PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio, 1956, *passim*; et Niklas LUHMANN, *Machtkreislauf und Recht in Demokratien, Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1981, 2, p. 158-167, qui caractérise l'histoire du droit à partir du XVIIIème siècle comme un rapprochement continu au principe ou au système d'auto-référence, espèce des modèles clos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pour mesurer l'importance de cette transformation, il ne suffit qu'un exemple: lorsqu'on examine la théorie de l'erreur, celui-ci n'est pas considéré comme un fait empêchant la formation du contrat mais comme une « fattispecie » de laquelle découle au moins un effet juridique: le droit d'annuler l'acte juridique (6). D'autre part, les juristes allemands, dans la deuxième moitié du XIXème siècle, s'occupent des concepts généraux en tant qu'éléments d'une future Partie Générale du Droit Civil.

Il est évident que la théorie de l'acte juridique a élargi son champ d'application et les publicistes ont voulu l'étendre au droit administratif et à la procédure civile. Ce ne fut pas tellement différent d'ailleurs de ce qui s'est passé dans le droit français du siècle dernier avec la notion de contrat qui, selon Fouillé (1885), « *tend à se confondre avec le droit civil tout entier* » (7).

Toutefois, l'application de la théorie de l'acte juridique au droit administratif a rencontré un obstacle insurmontable dans le fait que l'acte administratif est unilatéral et suppose la subordination d'une des parties tandis que le concept d'acte d'affaire suppose l'égalité de celles-ci. Ces conceptions volontaristes du

---

(6) WUNNER, *Contractus*, § 16, Köln, 1964, p. 137.

(7) Il ne faut pas penser que la notion d'acte juridique (*Rechtsgeschäft*) ne soit pas connue par le droit français. Pendant les Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil Français, le problème a été discuté surtout en ce qui concerne la conceptualisation de l'acte juridique avec le sens de « *Rechtsgeschäft* » et le rôle de la volonté. L'avant-projet du Code Civil Français, dans son article 1er, définit l'acte juridique de la façon suivante: « *L'effet d'une volonté qui s'est manifestée en vue de créer, modifier ou éteindre un droit* ». M. Oudinot a observé que « *L'acte juridique est une manifestation de volonté à laquelle la loi attache des effets de droit* » (*Travaux de la Commission de Réforme 1947-48*, p. 80-113). Examinant l'importance de la volonté dans l'acte juridique, M. OUDINOT (*Travaux*, cité, p. 114) ajoute encore: « *ce terme volonté ne signifie pas grande chose et correspond à une psychologie surannée* ». On a vu dans cette Commission le débat parmi des adeptes des théories subjectives et objectives de l'acte juridique. Le problème était d'ailleurs connu, au moins dès l'oeuvre fameuse de Raymond SALEILLES, *De la Déclaration de Volonté, Contribution à l'Etude de l'Acte Juridique dans le Code Civil Allemand*, Paris, 1901, p. 5 et suivantes. A ce sujet, voir Alfred RIEG, *Le Rôle de la Volonté dans la formation de l'Acte Juridique d'après les Doctrines Allemandes du XIXème siècle*, dans *Archives de Philosophie du Droit*, v. 4, 1957, p. 125-130; et le *Rôle de la Volonté dans l'Acte Juridique en Droit Civil Français et Allemand*, Paris, 1961.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

XIXème siècle ne pourraient pas manquer de répercuter dans la procédure. Il y en a à tout moment des manifestations de volonté des parties, ce qui a amené à affirmer que toute procédure serait un acte juridique ([8]) ou tout au moins la demande en justice, pourvu que l'acte juridique se traduisait d'actes dépendants de la volonté. Tout cela en a résulté de la définition d'acte juridique (*Rechtsgeschäft*) en tant que déclaration de volonté destinée à produire des effets juridiques.

La doctrine prédominante envisageait la volonté comme l'élément le plus important, supérieur à sa déclaration ou manifestation: la déclaration n'était donc que la façon dont la volonté se réalisait, dans le sens qu'elle devenait ainsi reconnaissable socialement. Cependant, à la mesure qu'il fallait protéger le destinataire de la manifestation de volonté, en raison notamment des interêts résultant de l'industrialisation émergente, la théorie de la volonté perdait du terrain en face de celle de la déclaration. Parmi nombre de problèmes présentés aux juristes de l'époque, deux méritent d'être aussitôt remarqués: quel est le rôle réel de la volonté dans les actes juridiques? Quel est le rapport entre ceux-ci et l'ordre juridique?

Dans la conception classique de la théorie de la volonté, l'essentiel de l'acte juridique était l'élément volonté, de telle sorte que ses vices devraient entraîner la nullité absolue et non la nullité relative de cet acte. Cette conception était adéquate à la première moitié du XIXème siècle où la protection de tiers ne faisait pas l'objet de considération dans la théorie de l'acte juridique ou tout au moins nombre de juristes le pensaient, bien que Savigny lui-même eût mis l'accent sur le besoin de la volonté de s'extérioriser au moyen de la déclaration. Il distinguait donc nettement entre la volonté comme phénomène intérieur et son extériorisation, soulignant encore que la concordance entre la vo-

---

([8]) A. S. SCHULZE, *Deutsches Konkursrecht* (1880), p. 139, note 1, soutient que la procédure ne sera par seulement un rapport juridique mais aussi un acte juridique; voir Oskar BÜLOW, *Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, (1881), p. 24. Au sujet de la discussion, au XIXème siècle, sur la question de savoir si la procédure est un acte juridique (*Rechtsgeschäft*) ou si elle en est un composite, voir ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, § 63, Stuttgart, 1889, p. 89 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lonté et la déclaration n'était pas en quelque sorte occasionnelle, mais nécessaire ([96]).

Il ne faut pas imaginer que les juristes, sous la pression des exigences sociales, abandonneraient ou feraient de profondes restrictions à la théorie de la volonté; au contraire, jusqu'à l'édition du Code Civil allemand, nombre d'entre eux se sont maintenus fidèles à la définition traditionnelle, considérant les vices substantiels de la volonté comme cause de nullité absolue et fortement liés au dogme selon lequel l'ordre juridique ne peut pas ébranler fondamentalement le concept naturalistique de la volonté. Par conséquent, il s'imposait, dans les cas de vice substantiel de la volonté, qu'on decretât la nullité absolue et non la simple nullité relative, la polémique se fondant sur des textes du Droit Romain ([10]).

([9]) Malgré sa conception volontariste de l'acte juridique, Savigny considérait l'acte atteint d'un vice de volonté comme un cas de « nullité relative » puisqu'il entraînerait une action spéciale (*System*, 3, cité, p. 117; voir Massimo BRUTTI, *La Sovranità del Volere nel Sistema di Savigny*, dans *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, vol. 9, Milano, 1980, p. 287). L'acte serait donc passible de « nullité relative », l'action ne pouvant pas être intentée si l'erreur était fautif (SAVIGNY, *System* 3, cité, p. 345).

([10]) Ces discussions ne perderaient l'éclat qu'avec l'avènement du BGB, quand les analyses historiques ont perdu en importance (voir Wolfgang WIEGAND, *Zur Entwicklung der Pfandrechtstheorien*, dans *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 1981, p. 1-15), nous pouvons ajouter que le droit romain avait cessé d'être la « *ratio scripta* ». Le caractère des études historiques, dans le droit allemand avant le BGB de 1900, est absolumment différent des essais, par exemple au sujet du droit français où l'appel aux sources romaines est bien mineur. Quant à la situation antérieure au Code Napoléon, voir André-Jean ARNAUD, *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français*, Paris, 1969, p. 61 et suivantes. Non qu'il y ait du dédain envers le droit romain, comme il en est arrivé par exemple avec François HOTMAN (*Anti-Tribonianus*, 1567), mais le droit romain n'avait pas la même importance, au moins à partir du Code Napoléon, quoique dans les régions où le « *droit écrit* » était en vigueur auparavant les discussions historiques à partir de cette époque aient d'autres fondements; elles résultent de l'existence d'un Code et analysent les vicissitudes provenant de la législation et les étapes nécessaires à son perfectionnement. Un bel exemple d'une oeuvre de ce type, caractéristique pour le droit français, est celle de Mme. Michelle GOBERT, *La Publicité Foncière Française, Cette Mal Aimée*, dans *Etudes offertes à Jacques Flours*, Paris, p. 207-250).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

À mesure qu'il fallait protéger la situation du destinataire de la déclaration et des tiers, les possibilités d'annulation par erreur devenaient plus minces; et il n'y aurait pas de sens de considérer ce vice comme cause de nullité absolue. Les hypothèses d'erreur substantiel sont devenues toujours plus restreintes, nombre d'auteurs exigeant d'autres conditions pour la nullité absolue, ne tenant pas compte seulement de l'emetteur de la déclaration, mais surtout de celui en face duquel a eu lieu la manifestation de volonté. Ainsi ce n'est pas étonnant que quelques juristes parvinssent même à soutenir que la volonté n'appartient pas au contenu des actes juridiques en général, tel que Oskar Bülow, selon lequel « *La volonté, c'est-à-dire le vouloir, n'est qu'une cause et non un élément de l'acte juridique. Celui-ci ne comporte qu'une déclaration et celle-ci n'a pas dans son contenu la volonté; et ni encore comme objet quelque chose que les parties ont voulu. Le contenu de la déclaration est un devoir et son objectif se lie à quelque chose qui est due* ».

C'est pourquoi il conclut que la volonté n'appartient pas à l'essence de l'acte juridique, car quoiqu'il y ait des défauts à la susdite volonté, à la volonté d'obtenir certains effets juridiques, tout cela n'est qu'une simple circonstance rapportée à la façon dont l'acte s'est développé et seulement en raison de présupposés spéciaux peut-elle porter prejudice à la validité de l'acte juridique (11). Il faut observer également que les critiques faites par Jhering aux conceptions de Windscheid au sujet du droit subjectif en tant que pouvoir de la volonté ont représenté l'apparition d'un nouveau climat d'idées reposé sur un vigoureux attaque aux théories individualistes et subjectivistes. Ces idées — comme le signale Oskar Bülow — l'ont amené à adopter une conception objective de l'acte juridique (12).

Certainement, cette théorie représente le premier et le plus vigoureux attaque au dogme de la volonté dans l'acte juridique et semble curieusement se reférer à la position d'Otto Karlowa, adoptant même quelques-unes de ses idées. En effet, Otto Karlowa

---

(11) *Das Geständnissrecht*, cité, p. 126.

(12) *Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 64, 1881, p. 92 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

définit également la volonté comme « *ordre, détermination, disposition d'un précepte ou d'un devoir* ». Il remarque encore le fait que « *Lorsqu'un acte juridique se produit, on dispose de manière que l'effet projeté ait lieu en ce moment ou dans le futur* » ([13]). Seulement Otto Karlowa, avant Oskar Bülow et avec plus d'exactitude, n'exclut pas la valorisation de la volonté, bien qu'il met en relief également l'aspect préceptif; et ni celui-ci n'empêche même pas, au contraire exige, qu'on considère la dimension de l'existence de l'acte juridique comme distincte de la production d'effets, car seulement quelque chose qui existe juridiquement peut produire des effets juridiques. Il est curieux d'observer qu'Otto Karlowa ne définit pas l'acte juridique comme déclaration de volonté puisqu'il met en valeur le concept d'existence de l'acte juridique en tant qu'une situation de sujétion en face des effets juridiques à être produits. Chez lui on ne constate pas l'influence de Jhering, au contraire d'Oskar Bülow qui a transferé à la théorie de l'acte juridique la même conception objective de Jhering au sujet du droit subjectif dans l'opposition à sa définition comme « *pouvoir de la volonté* ». Que resterait-il de l'acte juridique dès lors que l'on fait abstraction tantôt de la volonté tantôt de la déclaration de la volonté?

Ainsi, ce qui caractérise la construction d'Oskar Bülow c'est le précepte, le « *régime* » ou le « *rapport juridique* » résultant de l'acte d'affaire (*Rechtsgeschäft*) ne méconnaissant cependant pas que, en tant qu'espèce d'acte, il suppose un rapport avec la volonté. Ce lien avec la volonté concerne toutefois la genèse et non le contenu de l'acte juridique. L'accent mis au régime de l'acte juridique est plus convenable aux actes juridiques en tant que source d'obligation, particulièrement à ceux de rapport durable, qu'aux actes juridiques qu'entraînent un transfert de propriété dont le régime peut être d'une simplicité majeure. En outre, la définition d'acte juridique n'est adéquate qu'à ceux qui produisent

---

([13]) *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin, 1877, p. 161. Il y a en vérité une grande ressemblance entre la conception d'Otto Karlowa et celle d'Oskar Bülow. La définition de l'acte juridique comme « *la direction de la déclaration envers la production de l'effet juridique* » est autant dans le concept juridique d'Otto Karlowa que dans celui d'Oskar Bülow (voir *Das Geständnissrecht*, cité, p. 153).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des effets de droit, puisque, si l'acte ne produit pas des effets, il ne peut pas engendrer un rapport juridique.

Il n'est pas facile d'établir le vrai sens de la théorie préceptive puisque, comme le souligne Alfred Manigk ([14]), Oskar Bülow mentionne tantôt la volonté de pratiquer l'acte (volonté immédiate), tantôt la volonté de produire des effets, la volonté médiate. Le sens général de l'oeuvre est pourtant d'éclaircir que le contenu de l'acte juridique est un devoir-être, un précepte, et que la volonté ne fait pas partie de ce même contenu. La volonté est importante en tant que cause de l'acte, en tant que quelque chose désirée par celui qui le produit. Aussi, la volonté de pratiquer est-elle importante et sert-elle de fondement, en cas de vice, à la nullité. Mais le contenu de l'acte juridique n'est pas formé par cette volonté première (volonté immédiate). Comme on n'annule pas les actes parce que les effets ne sont pas désirés par les parties, la volonté d'obtenir certains effets, la volonté médiate, aussi n'intègre-t-elle pas le contenu de l'acte juridique ([15]).

Il faut observer d'autre part qu'Oskar Bülow écrivait avant l'édition du Code Civil allemand (1900) où le problème fut l'objet de règle particulière. Prévoyant certainement cette eventualité, il eut trait à l'acte juridique au-dessus des possibles orientations des Codes et se pose la question de savoir si le régime de la nullité par vice de la volonté devrait découler de la nature de l'acte juridique — applicable donc à n'importe quel acte — à fin de répondre au sens négatif, car cela ne serait pas important à la définition de l'acte juridique ([16]), notamment parce que la volonté ne fait pas partie, selon lui, du contenu de l'acte juridique.

Il y a ceux qui affirment qu'on ne comprendra pas exactement le sens de la théorie préceptive si l'on ne fait pas attention à une autre conception importante d'Oskar Bülow qui mériterait d'être remarquée pour une meilleure compréhension du problème ([17]). La question est celle de savoir comment considérer

---

([14]) *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin, 1907, p. 57.

([15]) Oskar Bülow, *Das Geständnissrecht*, cité, p. 114.

([16]) Oskar Bülow, *Das Geständnissrecht*, cit', p. citée.

([17]) *Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 64, 1881, p. 78 et suivantes; *Das Geständnissrecht*, cit', p. 134.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'ordre juridique en face de l'acte juridique des particuliers. Selon une opinion très répandue et jusqu'aujourd'hui ayant plusieurs partisans — l'acte juridique ne serait pas seulement un fait auquel l'ordre attribue des effets de droit; de celui-ci résultérait la définition et la discipline de faits futurs découlant de l'autorisation donnée aux particuliers par l'ordre juridique. L'acte juridique, selon Oskar Bülow, remplirait l'espace laissé par les règles dispositives ([18]), mais le précepte ne serait pas, tel qu'il définit l'acte, une vraie loi. Serait-il possible d'adopter la distinction citée auparavant?

Tout bien considéré, il ne semble pas exister une distinction entre les deux positions, on devant tenir compte que la règle juridique ne dispose pas sur une « fattispecie » (*Tatbestand*) en tant qu'un « *deus ex-machina* » produisant des effets juridiques comme si la procédure de création des droits subjectifs était soumise à une causalité semblable à celle des lois de la nature. La « concrétisation » a un autre sens; mais le fait que l'acte juridique produit des rapports ou « dispose » sur des faits futurs est commun à toutes les orientations, quoique cet aspect ne soit pas toujours exprimé. Quoi qu'il en soit, la distinction — si elle est en vérité admissible — n'est cependant pas importante pour séparer deux conceptions possibles de l'acte juridique.

Bref, parmi ces idées encore assez diffuses, la volonté est, selon la conception d'Oskar Bülow, un organe qui coopère avec le droit objectif ([19]). Dans ce sens, la théorie préceptive remarque l'aspect instrumental de l'acte juridique et constitue le point maximale de son objectivation. De nos jours, quand on tâche à définir la volonté qui remplit le contenu de l'acte, on ne la considère pas comme un pur phénomène psychologique, mais en tant que volonté soumise à une valorisation de l'ordre juridique, ce qui lui modifie en partie la nature. Il consiste à une certaine objectivation du concept de volonté. Mais cette objectivation n'atteint pas la portée voulue par Oskar Bülow.

([18]) *Das Geständnissrecht*, cité, p. 135, note 2.

([19]) *Das Geständnissrecht*, cité, p. 135. L'acte juridique découle donc de la coopération de la volonté avec l'ordre juridique, remplissant l'espace laissé par les règles dispositives.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En ce qui concerne le concept d'acte juridique, à n'en pas douter, la volonté, inserée à la déclaration et en grande mesure par elle limitée, à la condition bien entendu d'une absence de texte législatif contraire, appartient à l'essence de l'acte, mais elle suppose des restrictions, à savoir la protection du destinataire de la déclaration.

Oskar Bülow s'est occupé à définir l'acte juridique en abstrait, raison par laquelle il ne se rapporte qu' « *en passant* » à la théorie de la responsabilité et à celle de la bonne foi, c'est-à-dire aux effets de l'annulation de l'acte par un vice quelconque de la volonté. A son époque, étaient enflammées les discussions au sujet des effets concrets de l'annulation, spécialement s'il y avait le devoir d'indemniser en faveur du contractant, la nullité relative en ayant lieu indépendemment de faute, ou si tout restait à la dépendance de la preuve de l'existence de la faute; ou si la faute était un obstacle à l'exercice du droit de critique, d'annulation.

On pourrait être amené à penser que la restriction des cas d'annulation par erreur, en face de la responsabilité du déclarant, fut un phénomène propre au droit continental du fait que les positions volontaristes ne se sont pas adaptées aux nouveaux faits économiques. Toutefois il n'en a pas été ainsi, on pouvant attribuer à cette restriction un certain dégré de généralité. Dans la « *common law* », la notion de responsabilité est également importante au point d'empêcher, spécialement au dernier siècle, le droit de critique, puisqu'on affirmait que « *a man must bear the consequences of his own folly* », atténuant de la sorte l'importance de l'erreur ([20]). Jhering a d'ailleurs créé la théorie de la « *culpa in contrahendo* », permettant encore l'annulation dans les cas

---

([20]) CORBIN, *Contracts*, sec. 606, St. Paul, 1952. Au sujet des actuelles conceptions plus libérales dans le droit américain, voir CALAMARI-PERILLO, *Law of Contracts*, § 9, 27, St. Paul, 1977, p. 306. Dans la « *common law* », l'idée de « *punition* » persiste avec plus d'intensité que dans le Droit Civil. Il suffit de rappeler l'existence des « *exemplary damages* », indémnisation si élevée qui sert d'exemple (voir, au sujet de ce concept, Sergio PORTO, *La Responsabilité Civile pour Diffamation en Droit Anglais*, Paris, 1982, p. 102).

L'impossibilité d'annuler en raison d'erreur semble être l'application d'une conception semblable, induisant les contractants à se conduire avec diligence.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'erreur; mais il considérait la faute en tant que fondement pour la demande des dommages et interêts (21). La « *culpa in contrahendo* » comprend plusieurs hypothèses, ce qui a amené à affirmer qu'elle n'était qu'une simple construction juridique destinée à résoudre certaines situations, ne devant pas en conséquence être prise trop au sérieux (22). On ne s'est pas aperçu qu'on ajoutait à la théorie des faits juridiques une autre source de droits et devoirs n'ayant pas son fondement dans la volonté, ce qui serait un des aspects les plus importants de la civilistique contemporaine.

Au projet du Code Civil Allemand, la 2ème Commission affronta la question de la primauté de la volonté ou de la déclaration, adoptant cependant une solution de compromis, puisque les cas considérés comme d'erreur substantiel par le BGB n'entraîneraient pas la nullité absolue, dogme de la théorie classique de la volonté, mais simplement la nullité relative (23). Il en est d'ailleurs de même pour les plusieurs types de violence, car seulement la violence absolue entraîne la nullité absolue de l'acte. La soi-disante « *vis compulsiva* » ou la violence relative n'a comme sanction que la nullité relative. On pourrait être amené à penser que, en face des dispositions legales, la matière fût parfaitement éclaircie ne prêtant pas au doute. Il n'en est rien. Il n'a pas fallu beaucoup attendre pour qu'elle soit de nouveau renouvellée.

La théorie d'Oskar Bülow resta cependant pratiquement sans partisans après l'avènement du BGB, jusqu'à ce que lui donnent un vigoureux encouragement Karl Larenz en Allemagne et Emilio Betti en Italie.

Un des aspects importants découlant de la polémique au sujet des éléments essentiels de l'acte juridique fut d'avoir éveillé l'attention vers les degrés de valorisation de l'ordre juridique des actes des particuliers. Une des conclusions essentielles à la théorie de l'acte d'affaire (*Rechtsgeschäft*) fut de rendre possible la distinc-

---

(21) *Culpa in contrahendo*, dans *Jhering Jahrbücher*, 4, p. 4 et suivantes.

(22) August BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, vol. 2, Erlangen, 1884, p. 433.

(23) Quant aux plusieurs opinions au sujet de l'annulation par erreur, dont en résulté le § 119 du BGB, voir Werner SCHUBERT, *Zu einer Edition unveröffentlichter Materialen zum BGB. Zugleich ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des § 119 BGB*, dans *Archiv für civilistische Praxis*, vol. 175, 1975, p. 426-451.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tion des actes juridiques de ce type-ci d'autres types d'actes où il en manque cet élément (*Geschäft*). La discrimination n'a pas pu être faite que tenant compte de la façon dont l'ordre juridique valorise ou qualifie les actions humaines. Les particuliers réali-
pu être faite qu'en tenant compte de la façon dont l'ordre juridique peut valoriser intégralement toute la procédure volitive; c'est-à-dire qu'elle ne peut pas intervenir en profondeur à la production des effets ni à la volonté de pratiquer l'acte. Si l'ordre juridique, par l'intermédiaire de ses règles, ne dispose guère sur l'acte pratiqué, c'est-à-dire s'il ne discipline pas l'acte dans toute sa portée, on peut considérer que les effets pratiques ou juridiques prétendus à travers l'acte juridique sont adéquats ou rapportés à la déclaration de la volonté. En ce qui concerne la classification, lorsque l'ordre juridique, toujours par l'intermédiaire de ses règles, valorise l'autonomie de la volonté des parties et ne restreint pas en profondeur l'action humaine qui se divise entre la volonté de pratiquer l'acte et la volonté de, à travers celui-ci, obtenir certains effets juridiques, on peut considérer que la catégorie juridique découlant de l'exercice de cette liberté est un acte d'affaire (*Rechtsgeschäft*).

Toutefois, la liberté dont on parle est prise d'une manière particulière; la liberté de fait, préjuridique, n'a guère d'interêt pour la distinction, puisque celle-ci n'a pas de limites. Cette même liberté est pourtant importante en tant qu'objet de valorisation juridique, car le concept d'acte d'affaire appartient à la science juridique. Bref, il est possible de distinguer plusieurs types d'actes se fondant sur l'ampleur de la valorisation de la manifestation de la volonté des parties. L'ordre juridique, qui sert de cadre à l'activité des particuliers, finit par qualifier la volonté exprimée dans l'acte. S'il lui confère ample autonomie, on peut affirmer que l'acte se définira comme un acte d'affaire (*Rechtsgeschäft*); ensuite, si la volonté des parties que l'ordre juridique valorise est seulement la volonté de pratiquer l'acte puisque les effets juridiques sont imposés obligatoirement par la loi, nous avons alors un autre type: l'acte juridique au sens strict (*Rechtshandlung im engeren Sinn*); ou encore si l'ordre juridique ne prend en considération ni même la volonté de pratiquer l'acte et ne considère comme juridiquement important que le résultat de l'activité

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

volitive, on a « l'acte matériel » (*Tathandlung*) ([24]). Ces distinctions ne sont possibles que si l'on examine la théorie des actes juridiques au moyen de la qualification que l'ordre juridique, par l'intermédiaire de ses règles, dispose sur les divers éléments de l'activité volitive des particuliers.

Or, la théorie de l'acte juridique d'Oskar Bülow réduit beaucoup la signification de la volonté; et c'est pourquoi il y a une certaine difficulté à l'adopter. On pourrait imaginer que la théorie d'Oskar Bülow eût perdu totalement l'interêt. Néanmoins, l'apparition d'autres aspects sociaux importants a mis à nouveau en échec la théorie des actes juridiques en général. A partir d'un certain moment, on a commencé à parler dans le droit allemand de « *rapport contractuel de fait* » (*faktisches Vertragsverhältnis*). Günther Haupt a créé l'expression et a soulevé l'existence d'un problème apparemment nouveau ([25]); ensuite sont apparues nom-

---

([24]) « *Tathandlung* » est un mot presque intraduisible en français dont l'entrée au droit comme synonyme d'acte réel ou matériel les auteurs n'éclaircissent pas. Il a été utilisé dans la philosophie, spécialement par Fichte, à la place de Tatsache (Rudolf EUCKEN, *Geschichte der Philosophischen Terminologie*, cité, p. 152). Il s'agit d'un acte qui est valorisé par l'ordre juridique en tant que fait; c'est-à-dire qu'on y fait abstraction de la volonté, celui-ci n'étant pas susceptible d'annulation par vice de la volonté ou incapacité des parties. Autant l'acte d'affaire (*Rechtsgeschäft*) que l'acte juridique au sens strict (*Rechtshandlung im engeren Sinn*) constituent des espèces du genre acte juridique « *lato sensu* ».

([25]) Günther HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941-42, p. 21 et suivantes. Peut-être pourrait Günther Haupt s'inspirer d'une conception ample de « *necessairies* », comme on décidait, depuis longtemps, dans la jurisprudence anglaise, remarquant que l'important pour la naissance du rapport juridique et celle du contractant serait l'utilisation de la prestation (« *Inanspruchnahme der Leistung* »). En d'autres termes, « *he is bound not because he has agreed but because he has been supplied* » comme le remarquent MM. CHESHIRE et FIFOOT (*dans Law of Contract*, London, 1964, p. 350, note 3). Quant au droit français, on n'y fit pas — ou au moins on n'y fit pas avec la même insistance — la distinction entre les différentes façon dont l'ordre juridique tient compte de la volonté des parties, quoiqu'on ait légiferé sur les actes existentiels, l'art. 450 du Code Civil déterminant qu'on n'annule pas les actes « *autorisés par l'usage* », alteration qui a été introduite dans ledit article par la Loi du 14 Décembre 1964. Peut-être serait-il possible d'expliquer le fait par la circonstance selon laquelle les juristes français ont toujours considéré l'autonomie de la volonté comme un principe suprême et prépositif, pour conclure que les effets juridiques résulteraient directement de la volonté des parties sans faire attention à l'effet qualificateur

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bres de théorie dans le sens de ne pas considérer les rapports contractuels de fait comme acte d'affaire, car dans ceux-ci on ne prenait pas en considération la volonté. L'expression « *rapport contractuel de fait* » ne semble pas adéquate: il serait préférable d'adopter l'expression « *acte existentiel* » pour ces phénomènes que le droit a récemment passé à considérer ([26]). Il fut dans la « *Common Law* » qu'on a le premier discuté la question avec plus d'intensité.

En droit anglais, la question était celle de savoir comment devrait-on traiter les actes des mineurs, incapables, en face d'actes pratiqués compte-tenu d'exigences primaires et naturelles (« *necessaries* » au sens strict) ou sociales, lorsque ces dernières se revêtaient d'un dégré élevé d'existentialité. On trouve aujourd'hui, une énorme uniformité de comportement résultant de besoins inhérents à la vie en société. Lorsqu'il n'y avait pas cette uniformité, les actes existentiels présentaient le même problème catégoriel puisqu'on ne pouvait pas demander — dans le cas de satisfaction de besoins primaires comme alimentation, vêtement par exemple — une fois satisfaits de manière adéquate, l'annulation desdits actes à cause d'un vice quelconque de la volonté, par simple incapacité. En face des actes existentiels, les juristes de la « *Common Law* » se sont divisés. D'aucuns, comme Buckley, ont affirmé que la cause de l'obligation était « *ex contractu* » ([27]); d'autres, qu'elle en était « *re* », c'est-à-dire, dans une terminologie plus moderne, ils se sont demandés si le lien avait comme source un acte juridique (*ex contractu*) ou s'il était résultat d'un « acte matériel » (« *res* »). Fussent les actes existentiels considérés comme « acte juridique » ou « acte matériel », les solutions différaient ([28]).

---

de l'ordre juridique. Quoiqu'on reconnaisse que le droit « (*il*) *ajoute au fait en lui conférant un sens que celui-ci ne comportait pas sans référence extérieure, ce qui est déjà acte de création* » comme le signale Michel VIRALLY (*La Pensée Juridique*, Paris, 1960, p. 19), encore ne se distinguent pas les différentes espèces d'actes juridiques en face de diverses valorisations de l'ordre juridique par rapport à la volonté des parties.

([26]) Voir notre « *A Obrigaçâo como Processo* », Sâo Paulo, 1976, p. 91 et suivantes.

([27]) Nash v. Inman (1908), CHESHIRE-FIFOOT, *Law of Contract*, London, 1964, p. 350.

([28]) CHESHIRE-FIFOOT, cité, p. citée.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si l'objet des investigations aboutissait à amplifier la théorie de l'acte juridique jusqu'au point d'embrasser les « *actes existentiels* », il est évident que les théories volontaristes ne serviraient pas à un fondement acceptable. Il faudrait adopter une théorie qui éloignât la volonté comme élément important pour la formation d'une définition d'acte juridique et qui considérât de manière autonome la simple fonction de celui-ci. Ce n'est pas par hasard qu'un des premiers juristes à traiter du point de vue conceptuel la catégorie des actes existentiels au sens large — la désignant comme « *conduite socialement typique* » — fût M. Larenz qui, comme nous l'avons déjà dit, avait adopté la théorie préceptive d'Oskar Bülow. Serait-ce alors possible d'inclure dans la théorie de l'acte d'affaire les cas de conduite sociale typique? Karl Larenz ne va pas si loin. En dépit de considérer que dans ces cas il y en ait quand même d'autonomie privée et quoiqu'on intérpretât amplement cette autonomie, encore ne s'adapteraient-ils parfaitement pas au concept d'acte juridique ([29]). La position de M. Larenz se situe à mi-chemin entre l'opinion d'Emilio Betti, selon laquelle la conduite sociale typique doit être considérée

---

([29]) Voir Karl LARENZ, *NJW*, 1956, p. 1899; Horst Heinrich HITZEMANN, *Stellvertretung beim sozialtypischen Verhalten*, Berlin, 1966, p. 26, note 24. La expression « *conduite socialement typique* » avec laquelle M. Larenz désigne les actes existentiels aurait été inspirée à la dénomination utilitée par KAEMERER (*Post Archiv*, 1943, p. 413) qui s'en est servi pour la première fois de l'expression « *sozialtypischer Tatbestand* » (voir Horst-Heinrich HITZEMANN, *Stellvertretung*, cité, p. 13, note 2). L'arrêt le plus fameux, en droit allemand, a été rendu par la Cour Fédérale de Justice, dans un cas d'espèce dans lequel il s'agissait d'un parking dans un endroit public à la ville d'Hambourg. Celui qui a garé la voiture ne s'intéressait pas que quelqu'un la surveillât bien que la ville eût attribué cette obligation à une personne déterminée. Quoique le parking fût dans un endroit public, le défendeur a dû payer à celui qui a surveillé le véhicule sous le fondement que s'était établi — quoique contre la volonté du propriétaire du véhicule — un rapport contractuel de fait (voir BGHZ, 21, 319). Il y a pourtant ceux qui affirment que cette décision est due spécialement à l'influence de certains auteurs sur les membres du V. Sénat qui a jugé le cas, car un des propagateurs de la thèse des rapports contractuels des faits avait tenu une place à la Cour (voir Alexander LÜDERITZ, *Recht von anonymen Richtern?*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 168 (1968. (p. 331). A ce sujet, voir W. SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1958, notamment p. 17 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comme acte d'affaire, et celle des autres auteurs qui écartent cette nature juridique aux actes existentiels.

Emilio Betti, n'admet pas de façon nette, dans son essai « *Au sujet du nommé rapport contractuel de fait* », avoir adopté la théorie d'Oskar Bülow de l'acte juridique mais cette tendance est implicite à l'exposition. Il commence son analyse établissant le sens originaire de l'expression « *contractus* » dans laquelle la volonté n'était pas importante (30). Et, enfin, il conclut que le fondement du « *rapport contractuel du fait* » est une conduite ayant caractère d'acte d'affaire quoiqu'elle n'ait pas la qualification de contrat dans son acception actuelle; et qu'elle représente dans une certaine mesure le retour au sens primitif de « *contractus* » ou de « *contrahere obligationem* » (31).

D'après Emilio Betti, la simple possibilité de pratiquer ou non l'acte quoique sous la contrainte aux « *actes existentiels* » suffirait déjà pour qualifier l'acte comme acte d'affaire. La catégorie juridique des « *actes existentiels* » est pourtant celle « d'acte matériel » consistant dans un acte humain où la règle de droit ne prend pas en considération la volonté, la traitant comme un simple fait (32).

Il ne nous semble donc pas qu'on puisse qualifier les « *actes existentiels* » comme actes d'affaires, sauf si la mise en relief de la volonté n'est d'aucune manière importante pour ce concept. Les modifications sociales et économiques ont entraîné une plus grande objectivation de la volonté, dans une tendance marquée vers une conception instrumentale d'acte juridique. Sont également apparus les actes juridiques de masse, les contrats forcés, tous exigeant une qualification juridique, l'élément nécessaire à son inclusion dans les modèles juridiques jusqu'alors existants.

Quels sont cependant les aspects fondamentaux de la théorie de M. Larenz, le principal rénovateur des idées d'Oskar Bülow, au sujet de l'acte juridique? Chez M. Larenz, semble-t-il, apparaît l'application de la philosophie hégélienne à la théorie de

(30) Emilio BETTI, *Über sogennante faktische Vertragsverhältnisse*, dans *Festschrift für Heinrich Lehmann*, vol. I, 1956, p. 253.

(31) Emilio BETTI, *Über sogennante faktische Vertragsverhältnisse*, dans *Festschrift für Heinrich Lehmann*, vol. I, 1956, p. 269.

(32) Voir notre *A Obrigaçâo como Processo*, Sâo Paulo, 1976, p. 91 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'acte juridique. Et le point de repère ne pourrait être que dans la conception de Hegel sur la volonté, que M. Larenz a examinée profondement, paraît-il, dans sa première oeuvre ([33]).

Chez Hegel, la volonté a deux moments: le premier est celui de la pensée abstraite, de la volonté « *pure* », une espèce de « *liberté de vide* ». Dans un deuxième moment, la volonté s'objective; devient spécifique et représente la transposition d'un état d'indéfinition où rien ne se particularise à un état de définition, de détermination; d'apposition de quelque chose qui est caractérisée spécifiquement, aussi bien qu'au moyen de l'inclusion d'un contenu et d'un objet. La volonté est toujours dirigée vers quelque chose; la finalité est exactement sa limitation ou sa négation ([34]). Cette conception de Hegel adoptée par M. Larenz représente le premier pas vers la reprise du fil de la conception préceptive de l'acte juridique puisqu'en appliquant cette conception à la théorie de l'acte juridique, on vérifie qu'on ne peut pas séparer la volonté de son intentionnalité. Il ne serait pas possible dans cette conception, par exemple, d'admettre que la volonté est juridiquement importante à l'occasion du premier moment dont parle Hegel. On devrait considérer pour cela la volonté déjà au deuxième temps comme quelque chose qui se dirige essentiellement vers une finalité, car celui qui veut, veut toujours quelque chose. A la recherche de ce qui est spécifique ou caractéristique, M. Larenz établit une distinction entre la volonté, toujours variable et transitoire, et la production d'effets juridiques, qui est quelque chose de définitive. Dû á sa mutabilité, la volonté ne pourrait pas constituer l'essence de l'acte juridique. Ainsi, le contenu de l'acte n'est-il pas l'extériorisation d'un propos, mais la disposition de quelque chose qui doit produire des effets de droit. Aussi, M. Larenz definit l'acte juridique comme « *déclaration en vue de la production d'effets juridiques* » ou « *déclaration-précepte* » (*Geltungserklärung*) ([35]): la finalité de la déclaration serait donc la production d'effets juri-

([33]) *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927, spécialement p. 39 et suivantes.

([34]) *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 139; Karl LARENZ, *Hegelszurechnungslehre*, cité, p. 40.

([35]) *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1930, p. 39 et suivantes, spécialement p. 43.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diques et non, au moins en principe, la simple extériorisation d'une volonté. Il a reaffirmé, dans un autre ouvrage, sa conception, soulignant que le contrat, en tant que catégorie, n'est pas une création du droit positif mais lui antecède; c'est un concept juridique « *a priori* » ([36]). Cela n'exclut évidemment pas le fait que l'ordre juridique soit important à la notion d'acte juridique, car s'il n'en existait pas, il n'en résulteraient pas les effets propres aux actes juridiques. M. Larenz s'en sert pour éclaircir sa pensée de termes usuels dans la procédure. La déclaration de volonté a pour lui un caractère constitutif, car elle se dirige vers la production de rapports juridiques contractuels; elle ne se présente pas simplement comme un acte déclaratoire destiné à rendre publique une détermination de la volonté ou d'un propos. A travers l'acte, ceux qui l'ont produit déclarent qu'ils s'y lient, ou, en d'autres termes, qu'ils considèrent que ce qui a été déclaré doit produire des effets juridiques ([37]). D'après la conception de M. Larenz, l'acte juridique est beaucoup plus constitutif que déclaratoire, sans pourtant exclure une certaine déclarativité qui devient importante sous les aspects concernant l'annulation. S'il était seulement constitutif et si la volonté n'avait aucune importance pour la production des effets de l'acte juridique, on ne pourrait certainement pas l'annuler par erreur, tel qu'on l'admet dans tous les Codes Civils. Ainsi, l'essentiel pour définir la nature de l'acte c'est la constatation que celui-ci sert comme fondement à la « *production d'effets de droit* »; et cette production est un plus qu'on ajoute et qui donne le caractère constitutif à l'acte juridique, sans pourtant faire abstraction de l'existence de la volonté, ce qui serait représenté par l'effet déclaratoire.

([36]) *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, § 7, p. 83, München, 1967.

([37]) Karl LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cité, § 7, II, p. 85. Il faut faire remarquer que la volonté, quand elle s'objective, crée selon Hegel une deuxième realité, une « realité morale » (eine moralishe Wirklichkeit). Comme cette realité est un « *monde* » créé par la volonté, elle ne se soumet pas au règles d'un « *besoin externe et aveugle* » de la nature, mais à celles d'un besoin interne, « *comme production d'effets* » (als Geltung); dans HEGEL, *Enzyklopädie der Philosophischen Wissenschaften*, § 484; Karl LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 49. Ainsi, on pourrait conclure que le droit reconnaît et ajoute quelque chose qui lui est spécifique puisque la déclaration est destinée à produire des effets juridiquement.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Les cas d'annulation découlent des règles particulières à chaque droit national. Si la volonté interne était fondamentale, la réserve mentale devrait prévaloir. Cependant, ladite réserve mentale ne peut avoir d'ingérence sur l'acte juridique. La plus grande difficulté à surmonter serait dans le dogme de l'indivisibilité de la déclaration et de la volonté. Comment devrait-on l'interpréter? Selon la théorie traditionnelle, volonté et déclaration se séparent. M. Larenz fut naguère l'un des premiers à affirmer l'indivisibilité de ces deux éléments. Si nous admettions que la volonté sans la déclaration pourrait produire des effets juridiques, la simple volonté interne en serait déjà suffisante. On ne peut pas admettre qu'il en soit ainsi; la question de l'erreur doit être posée d'une manière plus objective, quel que soit le droit positif en question. D'après M. Larenz, l'ordre juridique doit décider sur la primauté ou non de deux éléments fondamentaux: l'auto-détermination des parties, origine de l'acte d'affaire, et le principe de la responsabilité par la manifestation de la volonté. C'est pourquoi il envisage les déclarations ayant le sens de production d'effets juridiques en tant que des « *actes sociaux* » (38). Au sujet de la théorie de M. Larenz, M. Werner Flume (39) observa que la théorie préceptive ou de la déclaration-précepte n'était pas de nature diverse de la théorie de la déclaration de la volonté. Cette théorie a son fondement dans la « *protection des tiers de bonne foi* » et la manifestation de volonté est maintenue en principe, quoique par erreur, puisque ainsi l'exige le critère de responsabilité qui doit l'emporter sur d'autres considérations. On ne résilie l'acte juridique qu'au moyen d'un autre acte, l'annulation. La protection de tiers, dans nombre de systèmes juridiques, va d'ailleurs plus loin: outre la nature de la sanction, c'est-à-dire que de l'erreur en résulte la simple nullité relative et non la nullité absolue, la protection peut constituer, dans certains systèmes juridiques, un élément empêchant l'exercice du droit d'annuler; ou encore, elle ne peut être qu'une condition pour la demande de dommages et interêts (« *culpa in contrahendo* »).

---

(38) *Allgemeiner Teil*, cité, § 7, II, p. 87.

(39) *Das Rechtsgeschäft*, § 4, 7, Berlin, 1967, p. 59.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Toutefois, la différence entre la théorie de la « *déclaration en vue de la production d'effets juridiques* » et celle de la simple « *déclaration de volonté* » ne tient pas seulement à son fondement philosophique, mais aussi à l'aspect constitutif de la production d'effets juridiques qui ne se manifèste pas, au moins avec la même portée, dans la théorie de la déclaration de la volonté. Cet aspect constitutif rend plus nette la séparation entre la volonté interne et son extériorisation: l'indivisibilité est seulement de déclaration. Quoi qu'il en soit, la théorie préceptive deviendrait, comme l'a tout de suite souligné Schmidt-Rimpler, une confusion entre l'acte juridique et le rapport juridique lui-même ([40]), c'est-à-dire entre le concept d'existence et celui d'effet juridique.

La théorie préceptive d'Emilio Betti est plus radicale. Son point de repère est la distinction entre « compétence normative » de l'ordre juridique et « compétence dispositive » des parties ([41]). La compétence normative se rapporte aux effets de droit que l'ordre octroye aux actes des particuliers; la compétence dispositive, à la faculté reconnue à ces derniers de réaliser leurs actes juridiques. Selon Emilio Betti, l'important n'est pas la volonté, mais le précepte ou, comme il prefère nommer, « *l'auto-reglèment des interêts privés* » qui caractérise l'acte juridique. On vérifie immédiatement la ressemblance entre la pensée d'Emilio Betti et celle d'Oskar Bülow exposée auparavant. Selon Emilio Betti, les théories volontaristes considèrent que la manifestation ou le comportement sont des indices d'un certain contenu psychologique, n'ayant ni l'un ni l'autre un effet operatif propre ([42]).

([40]) *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragrechts*, dans *Archiv für die civilistische Praxis* 27 (N.F.), p. 140.

([41]) *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 47.

([42]) Voir les essais publiés dans *Emilio Betti e la Scienza Giuridica del Novecento*, notamment Natalino IRTI, *Itinerari del Negozio Giuridico*, p. 395-420; et DE LOS MOZOS, *La renovacion dogmatica del concepto de « causa » del Negocio en Emilio Betty y su Recepción en la Doctrina Espanola*, p. 421-452, dans *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, vol. 7, Milano, 1978. L'affiliation d'Emilio Betti aux idées d'Oskar Bülow découle d'une affirmation précise en ce sens (voir Emilio BETTI, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, cité, p. 39).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Au contraire, il affirme que le comportement et la déclaration peuvent produire des effets juridiques lorsqu'on fait abstraction de la volonté.

Il est très difficile de savoir exactement quel est le rôle de la volonté, puisque, comme le reconnaît Emilio Betti, le problème de sa mise en valeur est, au fond, lié à l'ordre juridique et à chacune des dispositions qui ont traité du problème de l'annulation. Ces dispositions divergent dans les différents systèmes juridiques. Cela n'empêche pas qu'on tâche à découvrir l'existence de certains principes généraux résultant de la nature de l'acte juridique. Ainsi, en examinant la question des annulations par erreur, il conclut que cette possibilité ne signifie pas un hommage au dogme de la volonté. Il ajoute encore: le fondement de la nullité relative ne peut pas être recherché dans des raisons strictement logiques découlant de la structure de l'acte juridique, de même que pour les nullités absolues dues au manque d'éléments essentiels. Mais surtout dans une raison d'opportunité pratique valorisée sous le point de vue politico-législatif ([43]). C'est pourquoi le fondement de la nullité relative serait à la « *convenance pratique* » et non en raison d'une mise en valeur de la volonté de l'acte juridique. Emilio Betti nie d'ailleurs, à l'image d'Oskar Bülow, que la volonté soit un élément du contenu de l'acte juridique; au contraire, il la considère comme un élément de sa genèse. D'après lui, la volonté ne doit pas être tenue en compte parce que le « *reglèment des interêts privés* » n'est qu'une disposition pour l'avenir; et la volonté, quelque chose qu'appartient au passé, ne pouvant pas former le contenu de « *l'acte d'autonomie* » en tant qu'acte social ([44]). Quand l'acte juridique se produit, toute la procédure volitive s'est épuisée. Il a déjà parcouru son « *iter* » et atteint son but définitif; conséquement, les effets résultant de l'acte découlent de l'ordre juridique en conformité à la fonction de l'acte juridique ([45]); et non de la volonté.

L'affirmation selon laquelle la volonté appartient à la genèse et non au contenu de l'acte juridique, si proche de la pensée

---

([43]) *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, cité, p. 64.

([44]) *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, cité, p. 55.

([45]) Emilio Betti, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, cité, p. 55 et 165.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'Oskar Bülow, Emilio Betti l'a attribuée à Jhering ([46]). Emilio Betti fait fréquemment allusion aux dispositions spécifiques des vices de la volonté, spécialement de l'erreur, dans le Code Civil Italien del 1942 ([47]). La particularité du Code Civil Italien est dûe. à vrai dire, au fait qu'il adopte une conception plus objective des cas d'annulation par erreur, exigeant même pour qu'on puisse annuler l'acte juridique, à cause de ce vice de la volonté, que l'autre partie de l'acte juridique puisse avoir connaissance que la déclaration de volonté est viciée ([48]). Le droit civil italien est ainsi plus favorable que le droit allemand à une conception objective de l'acte juridique. Les aspects fondamentaux de la théorie d'Emilio Betti ne diffèrent pas substantiellement de ceux de la théorie d'Oskar Bülow, quoique certains éléments doivent être rélevés. La distinction entre compétence normative et dispositive se ressemble beaucoup à la discrimination faite par Oskar Bûlow quant au fait que l'acte juridique produit une norme particulière; qu'il ne consiste pas dans une simple manifestation de volonté et qu'il remplit la place ouverte par les normes dispositives. Bien qu'Emilio Betti réfute que la volonté puisse être un organe, en quelque sorte, de l'ordre juridique ([49]), la distinction entre la compétence dispositive des parties et celle normative de l'ordre juridique rapproche clairement les deux théories, car dans les deux ont exclut l'affirmation selon laquelle de l'acte juridique en résulte une norme juridique de nature semblable à celle d'une loi. En ce qui concerne le problème de la volonté, nous avons déjà vu que les deux auteurs soutiennent qu'il appartient à la genèse et non au contenu de l'acte. Il y a pourtant une particularité à remarquer dans l'affirmation d'Emilio Betti selon laquelle l'annulation par vice de la volonté découle d'une « *convenance pratique* ». Emilio Betti remarque que l'acte juridique doit répondre à cette convenance qui s'explique à travers le résultat pratique prétendu. Si l'on ne parvient pas à son but en raison d'un vice, on pourrait conclure que le « *reglèment d'interêts* » n'a pas satisfait

---

([46]) *Geist des römischen Rechts*, II, 1924, p. 331 et suivantes.

([47]) Emilio BETTI, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, cité, p. 64.

([48]) *Codigo Civil*, articles 1428 et 1431.

([49]) *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, cité, p. 64, p. 330.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

à la « *convenance concrète* » telle que les parties l'ont voulue ([50]). On vérifie, alors, l'empressement d'éviter l'affirmation que cette annulation ne soit qu'un cas d'annulation par vice de la volonté. Comment expliquer que la volonté soit en deuxième plan, qu'elle n'appartient pas au contenu de l'acte juridique lorsqu'on conclut, tout de suite après, que dans l'hypothèse d'annulation, ce qu'on cherche à obtenir c'est de savoir s'il y a eu une non conformité substantielle à la convenance des parties. La volonté objectivée, au moment de la vérification d'un vice quelconque, aurait passé au premier plan. Autrement, on aurait le formalisme le plus anachronique. Et jusque-là n'arrive aucun des auteurs, ni Emilio Betti, ni Oskar Bülow.

En Italie, les critiques à la théorie d'Emilio Betti ont été de grande importance. On dirait que celle de Cariota Ferrara fut la plus incisive ([51]), dans le sens d'une réfutation plus radicale. M. Scognamiglio admet qu'il y ait une certaine valeur dans la conception préceptive ([52]). A coup sûr, cette théorie reconnaît que les parties en présence aient déjà reglé leurs interêts; et que ce réglement, faisant l'objet d'une reconnaissance par l'ordre juridique, se transforme en précepte. S'il était possible de conclure que le précepte est tout le contenu exclusif de l'acte juridique, son aspect essentiel, on aurait cette théorie comme adéquate à certaines situations de la vie moderne, de la circulation

---

([50]) Emilio BETTI, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, cité, p. 64. Cette conclusion pourrait découler du fait, remarqué par Oskar BÜLOW (*Das Geständnissrecht*, cité, p. 114), que les vices de la volonté ne sont pas importants pour la définition d'acte juridique, on pouvant conclure que son régime satisfait à la convenance pratique.

([51]) *Il Negozio Giuridico*, n. 24, Napoli, 1947, p. 102 et suivantes. La critique ne semble cependant pas importante quand elle dit qu'il est impossible d'égaler des rapports juridiques à un précepte (p. 104). Sur ce point il en arrive autrement: le précepte est un terme qui englobe les rapports émergents de l'acte juridique.

([52]) *Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico*, Napoli, 1950, n. 27, p. 77. La critique semble soutenir que la théorie préceptive ne pourrait pas être accueillie parce qu'on doit comprendre par précepte juridique la norme, la source du droit. Mais, comme on l'a déjà vu, la déclaration envers l'effet juridique, le précepte, n'a aucun rapport avec la norme juridique. Autant Oskar Bülow qu'Emilio Betti ne manquent pas de souligner que l'acte juridique n'est pas une source de normes; il ne s'agit pas d'une loi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des richesses, des rapports de masse, comme l'indiquent les actes existentiels cités auparavant. Il vaut rappeler que ceux-ci ne permettent pas l'annulation par erreur ou même par incapacité. S'il était possible, comme l'a prétendu Emilio Betti, d'inclure ces actes dans le concept d'acte juridique, nous aurions dans cette notion une dualité, une dialectique interne de conciliation impossible, car il faudrait admettre que la volonté, dans certains cas, viendrait en premier plan, donnant lieu à l'annulation; mais en d'autres, il n'en serait pas de même, n'étant pas admissible l'annulation par erreur ou par incapacité. Cette tendance à étendre considérablement la portée du concept, et de le formaliser jusqu'à l'extrême de faire abstraction de la volonté elle-même, le rend absolumment inutile, dans la mesure où la généralisation excessive lui enlève la totalité d'éléments empiriques. Il vaut tout de même remarquer la position de Pontes de Miranda, juriste brésilien, qui soutient être fondamental, pour la définition de l'acte juridique, l'exercice du pouvoir de choix de catégorie juridique dont se restreint en définitive l'autonomie des parties, et s'il a été concrètement utilisé par l'interessé ([53]). En conséquence, le fait qu'une déclaration de volonté ait été emise, serait négligeable, de même que celui que de sa valorisation ait résulté un précepte juridique. Etant possible de choisir une catégorie juridique et dès lors que le particulier s'en soit servi de ce pouvoir, l'acte juridique, quoique nul par exemple, sera tout de même un acte juridique. Il faut observer que, comme nous l'avons déjà souligné, la définition de celui-ci comme simple déclaration préceptive est adéquate surtout pour la qualification des actes juridiques entraînant une obligation, car on prend l'effet particulier comme élément de définition. Et l'effet est, dans un sens plus général, rapport juridique et tous les éléments dont il se compose. Mais ce fut précisement Otto Karlowa celui qui s'est insurgé le premier — comme il sera souligné plus avant — contre l'analyse du rapport juridique au plan de l'existence, bien que d'après lui l'existence soit caractérisée par un certain rapport. Enfin, il faut faire attention au fait que la définition de l'acte juridique doit englober, outre ceux qui sont valides et produisent

([33]) *Tratado de Direito Privado*, cité, vol. 3, § 249, p. 7; § 277, p. 132.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des effets, ceux qui sont nuls et ne produisent pas des effets juridiques. Pour les inclure à la catégorie d'acte juridique, il paraît important de considérer le pouvoir de choisir la catégorie juridique que l'ordre juridique attribue aux particuliers.
Il y aura acte d'affaire, quand il sera possible de choisir concrètement sa « fattispecie » abstraite — à ce qu'on pouvait ajouter — d'après laquelle il y aurait une mise en valeur de l'autonomie de la volonté, englobant la volonté immédiate, la volonté de pratiquer l'acte, aussi bien que la volonté médiate, c'est-à-dire la volonté d'obtenir certains effets assurés par l'application d'une norme juridique pertinente. Ainsi, quoique l'acte juridique devînt absolumment nul ou ne produît pas d'effets juridiques, cette circonstance n'empêcherait pas sa qualification comme acte juridique, car l'essentiel pour la définition serait le modèle abstrait choisi, même si l'acte concrètement réalisé était entammé de nullité.

Quant à l'application des règles concernant les actes d'affaire aux actes de procédure, Oskar Bülow mentionne la circonstance selon laquelle ces derniers n'ont pas un effet autonome, de même que pour les actes juridiques de droit privé. Ils sont, au contraire, de simples éléments dépendants d'une activité commune aux parties et au juge, nécessaire à la production de la décision judiciaire. Le problème de l'application des principes propres des actes juridiques aux actes de procédure est une question qui a des détracteurs et des partisans fervents jusqu'à nos jours. Les Codes de Procédure Civile, n'ont pas donné une réponse à la question car, d'ordinaire, ils n'ont pas des règles à ce sujet, tout au moins des règles nettes. Ainsi, nombre d'auteurs soutiennent encore, contrairement à la théorie dominante, l'application aux actes de procédure des règles concernant les actes juridiques, notamment celle de la nullité relative en cas d'erreur (54).

---

(54) Cette orientation qui empêche la demande d'annulation par erreur est devenue dominante dans la jurisprudence allemande du R. G. aux alentours de 1930 (*RGZ* 69, 261); cependant, il y a dans la doctrine de vigoureux défenseurs de la valorisation de l'erreur dans l'acte de procédure avec l'application des principes du BGB. Favorable à cette position, Peter ARENS, *Willensmängel bei Parteihandlungen*, dans *Zivilprozess*, Berlin, 1968, p. 230 et suivantes; voir H. F. GAUL, *Willensmängel bei Prozesshandlungen*, dans *Archiv für die civilistische Pra-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Traditionellement, en droit français, comme en droit belge, on distingue les actes juridiques tels que citation introductoire d'instance, actes en général des avocats, opposition, recours, etc., soumis à la validité des actes juridiques en général; et les actes juridictionnels, actes du juge, qui ne se soumettent pas aux règles precédemment mentionnées. Ces principes ne pourraient pas ne pas être connus par Oskar Bülow, dès lors que, avant l'unification de l'Allemagne, était en vigueur à la Rhénanie, jusqu'à l'avênement du Code Civil de 1900, le Code Napoléon, l'orientation du droit procédural à ce sujet étant déjà connue. Toutefois, ces positions n'affleurent pas dans les livres d'Oskar Bülow. Peut-être parce que la théorie de l'acte d'affaire est une création germanique et très différente des conceptions françaises au sujet de la nullité, constituant dans ses principaux éléments, spécifiquement dans le chapitre des nullités absolues et relatives, quelque chose de complètement distincte du droit français. Bref, quand il s'agissait d'appliquer les principes de l'annulation de l'acte juridique à la procédure civile, des doutes ont été soulevés car, une fois surmontée la théorie civilistique de l'action et une fois établi un domaine d'accord où le rapport procédural était rapport de droit public — malgré la remarque d'Oskar Bülow qu'il y avait également des rapports entre les parties — l'application de la théorie de l'acte juridique aux actes de procédure est devenue inadmissible pour nombre de juristes. A cet égard, il faudrait soulever d'abord une question de mots: on désigne d'actes juridiques procéduraux, les actes qui, bien qu'ayant leur origine au droit matériel, produisent leurs effets à la procédure civile de même qu'il en arrive, parmi d'autres, avec l'institution du jugement arbitral, lequel, comme on le sait, écarte la compétence de la juridiction ordinaire de la connaissance des questions, l'excep-

---

xis, 172 (1972), p. 342-355, qui examine critiquement les positions de Peter Arens, éclaircissant qu'à elle ont récemment adhéré Manfred WOLFF, *Das Anerkenntnis im Prozessrecht*, 1969, p. 7 et suivantes; et GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, 1970, p. 74, 177 et suivantes. Il y a des législations où cet aspect ne peut être considéré que lorsqu'ils sont remplis certains présupposés et dans une action spéciale puisque la procédure dans laquelle l'acte vicié a été pratiqué ne permet pas, par la force des règles de la procédure, sa vérification.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tion respective ayant été formulée. Dans cette dernière acception, l'expression « *acte juridique de procédure* » a un sens large. Dans un autre sens, il s'agit de savoir si les actes qui font partie intégrante de la procédure peuvent ou non être considérés comme des actes juridiques, tels que la citation par exemple. Dans les hypothèses d'actes des parties dans la procédure, une certaine perplexité s'en est produite. Et il y eut des auteurs qui se sont pronnoncés dans le sens de les considérer comme actes juridiques dans la mesure où ils découlent de la manifestation de la volonté.

Il n'a pas été facile de définir ce qu'on devrait qualifier comme acte de procédure. Il faudrait établir les conditions adéquates pour qu'on puisse qualifier un acte pratiqué pendant la procédure comme acte de procédure, parce qu'il y en a quelques-uns qui ne relèvent pas de la sorte. Une définition très répandue est celle que l'acte procédure est celui qui se destine à « pousser » la procédure. Comme on l'observe, il s'agit d'une définition trop générale; c'est pourquoi l'a critiquée Walsmann ([55]), ajoutant qu'on devrait la completer avec l'affirmation que ces actes, pour être considérés de procédure, devraient servir immédiatement à la conduction de la procédure, à la « pousser »; ceux qui ne la servent que médiatement n'étant pas des actes de procédure ([56]). On voit donc qu'à l'époque d'Oskar Bülow certaines notions d'acte de procédure n'étaient pas encore établies de façon nette; et toute la question était de savoir si les règles spécifiques de l'acte juridique seraient applicables aux rapports procéduraux en général. A cette solution, contribuait la circonstance selon laquelle les actes de procédure participent à la catégorie générale des actes, c'est-à-dire supposent la volonté des parties qui les pratiquent. Toutefois, ces actes avaient des particularités dans le sens qu'ils s'inséraient dans la procédure, se mélangeaient aux actes des autres parties et à ceux du juge avec la finalité d'aboutir à une décision de justice.

([55]) *Der Irrtum im Prozessrecht*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 102, 1907, p. 19.

([56]) Cette définition avait à sa faveur la décision du « Kammer Gericht » du 28 Mai 1900; voir WALSMANN, *Der Irrtum im Prozessrecht*, cité, p. citée.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oskar Bülow réjete une fois de plus la catégorie d'acte d'affaire (*Rechtsgeschäft*) pour les actes de procédure. Il faut souligner que sa préoccupation fondamentale était relative à la nature de la confession; c'est pourquoi il examina profondément la théorie de l'acte juridique pour conclure qu'il « *manque à la confession judiciaire la catégorie fondamentale à tout acte juridique, la direction de la déclaration vers un effet juridique, le caractère de commandement juridique* » ([57]). Comme argument pour éloigner cette qualification des actes de procédure en général, il s'en sert d'une analogie avec une hypothèse de droit matériel, la situation découlant de la pollicitation et de l'acceptation à la formation du contrat.

Elles ne se constituent pas, d'après Oskar Bülow, en acte d'affaire, car elles ne sont que des parties du futur contrat. Ce ne sont également pas des actes d'affaire les soi-disant « *accidentalia negotii* », comme par exemple le lieu et l'époque de la prestation ou même la responsabilité par faute ou par force majeure. Tout cela n'est qu'un élément ou partie intégrante d'un acte juridique. Il est clair ce qui se passe avec les actes des parties dans la procédure: chacun est dépendant de l'autre et ce n'est que par rapport aux autres qu'ils produisent des effets. C'est pourquoi on doit exclure l'application du concept d'acte d'affaire aux actes de procédure des parties. En général, on écarte cette catégorie lorsqu'il s'agit des actes de procédure; les arguments étant toujours les mêmes qui ne diffèrent guère d'ailleurs de ceux adoptés par Oskar Bülow.

II. *Le concept d'existence dans la theorie de l'acte juridique et dans la procédure.*

La polémique sur l'essence de l'acte juridique a été limitée, dans le siècle dernier comme de nos jours, à l'examen de la nature de la déclaration de la volonté. Rien d'étonnant d'ailleurs, en face de l'importance du principe de l'autonomie de la volonté. Il aurait été difficile, voire impossible, d'écarter l'élément créateur de la volonté en faveur du rôle de l'ordre juridique. D'où l'originalité

([57]) Oskar BÜLOW, *Das Geständnissrecht*, cité, p. 153.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des idées d'Otto Karlowa en ce qui concerne l'essence de l'acte juridique. Chez Otto Karlowa, le concept d'essence de l'acte juridique entraîne celui de son existence et acquiert son caractère moderne. Il devient une notion générale dans le droit civil, non plus lié à certains secteurs du droit.

C'est que la Partie Générale du Droit Civil, à son tour, a entraîné la formalisation de certains concepts de façon à créer la conviction d'être en principe applicable à tout le droit civil ([58]). Cette conception est pourtant erronée; la généralisation ne peut pas, comme on l'a déjà dit, aller jusqu'au point de détruire le fondement empirique sous lequel le concept a vu le jour. Et c'est pourquoi les concepts de la Partie Générale ne sont pas toujours adéquats aux divers secteurs du droit civil sans que le tempérament résulte de la « *nature des choses* » ou du « *sensus communis* ». Le concept d'acte juridique ne constitue pas une exception à cette constatation. A la recherche d'une meilleure compréhension pour ce concept, s'enquerait Otto Karlowa au sujet de son existence.

Le droit a toujours été compris comme le domaine de l'effet des faits juridiques de manière que l'acte juridique sans effet, à l'image de ce qu'arrivait traditionnellement avec l'acte juridique nul, ne devrait pas exister parce qu'exister et ne pas produire d'effect semblait une contradiction en termes. Encore de nos jours, nous ne nous sommes pas complètement échapés de ce préjugé, quoique la notion de condition suspensive dût appeler l'attention quant au fait que l'acte juridique, à la seule condition d'exister juridiquement, existe, mais n'engendre pas des effets. Otto Karlowa affirme cependant que « *dans l'acte juridique il y a qualque chose qui se place à mi-chemin entre la volonté de le constituer et l'effet juridique: l'existence juridique. Cette existence juridique est le « prius » et l'effet juridique le « posterius », quoiqu'à nous yeux ils coincident, le plus souvent, temporalement* » ([59]).

([58]) Une remarquable illustration du commencement de ce processus, partant du concept de propriété, est donnée par Paolo GROSSI, *La Proprietà nel Sistema Privatistico della Seconda Scolastica*, dans *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno*, Milano, 1973, p. 131 et suivantes.

([59]) Otto KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft*, cité, p. 5. Otto Karlowa fait une distinction importante entre perfectionnement (Vollendung) et existence juri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pour fonder cette opinion, il rappèle le droit romain, considéré alors comme « *ratio scripta* », et affirme qu'à partir d'une certaine époque, bien que les faits n'aient pas eu lieu intégralement on admettait déjà l'existence de la catégorie, n'etant pas nécessaire que tous se produisent. Il faut ne pas oublier qu'à la période antérieure à l'edition du Code Civil Allemand, les juristes du droit commun raisonnaient à la base du droit romain, mais avec plus de liberté de création puisque les situation variaient dans ses diverses époques, ce qui n'en était pas pareil lorsqu'elles étaient sous l'empire d'une codification au sens moderne, puisque celle-ci suppose dans une certaine mesure une prise de position sur les discussions doctrinaires ou même jurisprudentielles.

En adoptant comme fondement pour son raisonnement l'idée que les effets de droit peuvent exister encore que tous les faits prévus par la règle de droit n'ont pas eu lieu, souligne Otto Karlowa qu'il est possible au droit de ne sanctionner que quelques-uns, lorsqu'il y a une manifestation de la volonté, en résultant l'existence de l'acte juridique. Et il conclut que la sanction juridique produit un lien, pas nécessairement le lien final ou l'effet total de l'acte juridique. A ce lien juridique des parties, face au commencement des effets juridiques prétendus, Otto Karlowa nommait d'existence de l'acte juridique.

Voyons maintenant comment Otto Karlowa a traité cette matière. Après avoir tracé la catégorie logique d'existence comme antécédant nécessaire de l'effet juridique, en prenant pour hypothèse de travail le concept de condition suspensive, il soutient qu'elle se lie à la volonté; et comme la volonté forme le contenu de l'acte juridique, la condition suspensive ne pourrait pas se rapporter seulement à production d'effets. Elle devrait avoir d'ingérence dans l'existence même de l'acte ([60]).

---

dique (juristisches Zustandekommen). Il soutient qu'il est possible de faire allusion à un « *perfectionnement* » de délit puisque celui-ci ne se configure que quand ont lieu tous les éléments du fait criminel; c'est-à-dire celui-ci ne se constitue qu'avec la vérification de tous les faits dont se compose la « fattispecie » (« *Tatbestand* ») du délit, cependant qu'il n'en est pas de même pour l'acte d'affaire où l'on peut distinguer le moment de son existence des effets lui attribués par l'ordre juridique.

([60]) Otto KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft*, cité, p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cette position correspondait d'ailleurs à celle soutenue par Unger, d'après laquelle les conditions lient l'existence ou l'inexistence de l'acte juridique à la réalisation d'une circonstance déterminée ([61]). On ne considère donc pas la condition comme une volonté secondaire, comme on le faisait dès Savigny ([62]). La raison d'être de sa position était due à la circonstance de la volonté appartenir, certainement, à l'essence de l'acte car la volonté est le « *caput fundamentum* » de tout acte juridique. Si l'on tient que l'existence de la volonté dépend d'une circonstance, on ne peut la considérer, d'aucune manière, comme quelque chose simplement secondaire — disait Unger —, mais en tant que quelque chose qui doit être une partie essentielle de la déclaration. Ainsi, si la condition est suspensive et s'il est sûr qu'elle n'aura pas lieu, pensait Otto Karlowa suivant le même raisonnement, l'acte ne serait pas simplement sans effets, mais aussi inexistant ([63]).

A vrai dire, Otto Karlowa ne pouvait pas admettre que la condition suspensive se referât à l'effet juridique tandis qu'il n'était pas de même avec sa cause, c'est-à-dire l'acte juridique.

Très proche de la conception de Unger, il s'en sert du concept de « pendentia » pour caractériser l'acte juridique sous condition suspensive, le rapportant à la production d'effets juridiques et à l'existence. Et il remarque encore que la volonté n'est pas comme un fait qui est objectivement en dépendance, mais la qualification juridique du fait: « *ce qui dépend, c'est la question de savoir si de la volonté a résulté un acte juridique* » ([64]).

Bien que la fonction qualificatrice de l'ordre juridique n'a pas été négligée, Otto Karlowa n'est pas allé jusqu'au point d'admettre que l'ordre juridique pût considérer comme séparés des phénomènes unitaires tels que les volitifs. Autrement, il devrait se mettre d'accord avec la position de Windscheid d'après qui l'acte juri-

---

([61]) Joseph UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, cité, vol. II, § 82, p. 58.

([62]) Joseph UNGER, *ibidem*, p. 56, note 3.

([63]) Joseph UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, cité, vol. II, p. 56, note 3; Otto KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft*, cité, p. 78.

([64]) Otto KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft*, cité, p. 80, note 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dique sous condition suspensive — dans le cas de la non vérification de l'évenement futur et incertain — est encore qualifié comme acte juridique existant, puisque l'incertitude quant à la réalisation de la condition suspensive ne pourrait pas atteindre ou affecter l'existence même de l'acte ([65]).

N'étant pas possible de confondre les deux dimensions des actes juridiques, celle de l'existence et celle de la production d'effets, les conditions suspensives devraient lier les effets de droit à un évenement futur et incertain; et ceux-ci, les effets, resteraient «pendente conditione », c'est-à-dire en suspens jusqu'à ce que la condition soit accomplie.

Il est curieux de constater que Windscheid considère comme existant l'acte juridique sous condition suspensive et n'examine pas en profondeur ni même adopte explicitement le concept d'existence juridique; de même que pour la circonstance d'avoir Otto Karlowa tracé la distinction entre l'existence de l'acte juridique et les effets de droit, dans une oeuvre spécialement dediée à ce sujet, et de ne pas rélever l'hypothèse dans laquelle cette séparation est la plus perceptible: les actes juridiques sous condition suspensive. Il semble que la « *pesanteur sociologique* » de certaines conceptions, spécialement la difficulté à surpasser le concept psychologique de la volonté — alors à la mode — en faveur d'un concept normatif de cette même volonté y a été pour quelque chose. Selon cette dernière orientation, la condition ne réduit en quoi que ce soit la volonté, car on peut considérer comme existant juridiquement l'acte juridique sous condition suspensive où seulement le début des effets est à la dépendance de l'accomplissement d'un fait futur et incertain.

Windscheid, quant à lui, avait encore, paraît-il, une conception naturalistique de la volonté lorsqu'il affirme que « *l'acte juridique*

([65]) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* vol. I, § 85, Berlin, 1891, p. 235, note 3a. Windscheid y éclaircit sa position que la condition suspensive ne fait que réduire l'intensité de la déclaration de volonté: celle-ci ne manque pas d'être la manifestation de volonté réelle et actuelle, concluant que « *ce qui est « pendente conditione » n'est pas l'existence de la volonté, mais celle de l'effet par elle prétendu, non le vouloir en soi-même, mais le voulu*: « *nicht das Wollen, sondern das Gewollte* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

est déclaration de volonté » (66), ce qui n'entraînait pas à considérer comme inexistant l'acte juridique sous condition suspensive, même si celle-ci n'eût pas lieu. Cette dernière solution est caractéristique du commencement d'un glissement d'une conception simplement psycologique ou naturalistique de la volonté vers un concept normatif de la volonté où l'on met en relief la fonction obligatoire et transformatrice du droit. Une « *doktrinariesierung des Willensprinzip* » commence à apparaître (67), c'est-à-dire l'éloignement d'une notion simplement psychologique de la volonté en faveur d'une conception normative où d'autres aspects sont tenus en compte, comme la protection de la confiance en face de l'extériorisation de la volonté. Au XIXème siècle, le concept fondamental pour nombre d'auteurs n'était cependant pas celui d'acte juridique, mais celui de rapport juridique. Il y eut un grand progrès lorsque Otto Karlowa a rélevé le problème de l'existence de l'acte comme un « *prius* » et la production d'effets juridiques, dans laquelle est inclu le rapport juridique lui-même, comme « *posterius* », quoiqu'il n'en ait pas envisagé toutes les conséquences, tel qu'on a vu au sujet de l'effet des conditions suspensives. Autrement dit, les éléments fondamentaux de l'existence et de la production d'effets juridiques se manifestaient clairement chez Otto Karlowa, bien qu'il eût des difficultés à considérer les conditions suspensives comme catégories liées à la production d'effets et non à l'existence de l'acte juridique lui-même.

Un autre aspect très important pour la conception de l'acte juridique est, au siècle passé et encore de nos jours, la qualification de l« l'acte de formation successive ». Jhering distingueait,

---

(66) WINDSCHEID, *Lehrbuch*, vol. I, § 69, p. 220, note 2, fait allusion aux conceptions d'Otto Karlowa; mais manifèste son doute quant à l'admission du concept d'existence puisque « *le lien des contractants* », en face d'effets juridiques prétendus, exclurerait la possibilité de révocation de l'acte juridique; comment qualifiera-t-on alors le testament car le testateur serait lié mais pourrait le révoquer? Il ne paraît pas que cette irrevocabilité des actes juridiques soit le critère fondamental pour qualifier l'existence de l'acte, car personne ne nie qu'il y ait ceux qui même produisant des effets sont révocables. Il suffit de penser aux donations qui, dès le droit romain, peuvent être révoquées par ingratitude, hypothèse commune, semble-t-il, dans la plupart des systèmes juridiques nationaux.

(67) WUNNER, *Contractus*, cité, p. 138, note 15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dans ce type d'acte juridique entre la volonté et la « fattispecie », incluant dans celle-ci les conditions nécessaires au perfectionnement de l'acte ([68]). Il ne séparait pas, en conséquence, l'existence de la production d'effets juridiques. Il lui semblait que le contenu de la « fattispecie », en partie la capacité, en partie les objectifs de l'acte même à être pratiqué, constituaient des éléments de son perfectionnement. S'il avait distingué l'existence de la production d'effets, quoiqu'il concût l'existence comme un lien minimum, il aurait réalisé une distinction entre les faits nécessaires à que l'acte juridique eût lieu et ces autres-là qui concernaient la production d'effets juridiques. A cette double formulation ou à une conception plus claire de ces deux dimensions n'a pas abouti Jhering puisque, d'après lui, l'effet total de la figure juridique était l'élément de perfectionnement de l'acte juridique dans la mesure où il envisageait le droit comme une dimension des effets juridiques; si les effets dépendaient de l'accomplissement de plusieurs faits jusqu'à ce que tous eussent lieu, l'acte ne pourrait pas être considéré comme existant; il serait encore en route de son perfectionnement. Aux conditions nécessaires au progressif perfectionnement de l'acte juridique désigna-t-il de « fattispecie » de cet acte même. Ainsi, pour le perfectionnement de l'acte, la volonté est nécessaire. S'il faut encore qu'on y ajoute d'autres éléments pour qu'ils produisent des effets, elle n'a pas besoin de coexister avec eux; elle peut les antéceder sans que cela ne lui porte aucun prejudice, donnant lieu, par exemple, à une cause d'annulation.

Il est intéressant également de remarquer que de cette observation de Jhering, selon laquelle la volonté est un élément particulier en face d'autres éléments de la « fattispecie » (*Tatbestand*) — telle qu'elle pourrait les antéceder —, a surgi la distinction, adoptée par Otto Karlowa, lorsqu'il degage l'existence dans la fattispecie d'un « *acte constitutif* » (*Errichtungsakt*), et d'autres éléments qui n'ont pas pour source la volonté, telle que la forme. Otto Karlowa cite l'opinion de Köppen ([69]), lequel avait affirmé

([68]) *Geist des römischen Rechts*, III, p. 149, p. 157; voir à ce sujet Otto KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft*, cité, p. 2 et suivantes.

([69]) KÖPPEN, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, Jena, 1871, p. 6 et suivantes; Otto KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft*, cité, p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que la naissance d'un acte juridique découlait de deux conditions à savoir: de l'existence d'un « *acte constitutif* » et des conditions juridiques sans lesquelles le rapport juridique ne pourrait pas exister. Ces deux moments formaient ensemble, d'après Köppen, contrairemente à l'opinion d'Otto Karlowa, la « fattispecie » de l'acte juridique.

D'autant que nombre de juristes, Köppen tenait comme élément fondamental le rapport juridique, lequel, en tant qu'expression de force obligatoire du droit, serait un « *prius* » et l'acte juridique un « *posterius* ». Ce fut précisement cette affirmation de Köppen, en mettant l'effet de droit (*rapport juridique*) à la place de son fondement (l'acte juridique), qui a amené Otto Karlowa à conclure que la sanction de la manifestation de volonté par l'ordre juridique, et donc l'acte juridique, antecède à celle du rapport juridique. Autant l'effet, le rapport juridique, précederait la cause, l'acte juridique. Le concept « *d'acte constitutif* », prend, en face de l'acte juridique, un rôle capital, spécialement pour différencier l'acte nul de plein droit de l'inexistant. Otto Karlowa, en effet, considère l'existence comme une sujétion des parties en face du commencement des effets de droit prétendus. Si « *l'acte constitutif* » de l'acte juridique souffre d'un vice qui lui empêche de produire des effets, et conséquemment ladite sujétion ne se réalise pas, l'acte n'a pas en vérité parvenu à exister: il s'agit de « *negotium nullum* », dans l'acception du droit romain. D'autre part, il n'est possible de degager « *l'acte constitutif* », concept du monde social, de l'acte juridique, catégorie acquise par « *l'acte constitutif* », quand il devient acte juridique, avec l'attribut de sujétion des parties en face des effets de droit prétendus ([70]).

Il faut cependant considérer, comme le fait remarquer Oskar Bülow, que le droit moderne a rapproché le concept de nullité absolue de celui de nullité relative ([71]) de façon à qu'on puisse conclure que la nullité est devenue distincte en quelque sorte de l'inexistence. On n'était pas loin de la conception selon laquelle,

---

([70]) Otto KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft*, cité, p. 117.

([71]) *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 62, 1879, p. 77, note 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pour considérer nul l'acte juridique, il devrait d'abord exister juridiquement. D'où la remarque d'Otto Karlowa ([72]): il faut vérifier si les présupposés nécessaires de la « *volonté de constituer* » ont eu lieu, puisque autrement il n'y a pas d'acte juridique (« *non datum* », « *nullum negotium* » au sens strict); cependant, si les susdites conditions parviennent à exister, il est alors toujours possible de s'enquérer conformément à la « *juris ratio datum consistat* »; encore que l'acte n'existe pas pour le but prétendu, il peut cependant être considéré comme existant pour une autre finalité. En d'autres termes, dans ce passage, Otto Karlowa pose la fameuse question de la conversion des actes juridiques.

Comme on l'a déjà dit, ce fut Otto Karlowa l'un des premiers à montrer que la « fattispecie » (« *Tatbestand*) pouvait être fractionnée, on ne devant toujours pas l'envisager comme quelque chose intégrale, car la règle juridique pouvait « tenir compte » des faits dont elle se compose de manière diverse. Nombre de juristes soutiennent l'indivisibilité de la manifestation de volonté et des autres présupposés nécessaires à constitution et à la production d'effets de l'acte juridique; ils estiment que sans la réalisation de tous les faits prévus par la règle, l'acte ne pourrait pas exister parce que existence et production d'effets au fond se confondent.

Pour éviter une distinction qui suscite une définition précise de ses éléments, d'autres ont préféré se rapporter au concept de « double fattispecie » (« *doppel Tatbestand* »). Cette expression se refère à une distinction chère à Dernburg ([73]), entre les faits

---

([72]) *Das Rechtsgeschäft*, cité, p. 118.

([73]) *Pandekten*, vol. I, Berlin, 1896, § 91, p. 214, note I; § 82, p. 191. Cette distinction a d'ailleurs son origine dans le Droit Commun, ayant été adoptée spécialement par Dernburg. Elle se ressemble à la position d'Otto Karlowa et peut, de nos jours, être considérée une variante de sa pensée, distingueant entre le fait, qui ne peut pas se configurer comme quelque chose en suspens, et l'acte juridique, où cela peut avoir lieu, ne détachant seulement pas « *l'acte constitutif* » des autres éléments de la « fattispecie ». Toutefois, cette distinction ne se rapporte pas chez Otto Karlowa aux actes juridiques sous condition suspensive et ne concerne pas les autres actes juridiques. Le concept de dépendance chez Dernburg concerne la naissance de n'importe quel acte juridique où la « fattispecie » est complexe, permettant la distinction entre actes constitutifs et actes confirmatoires (voir Paul OERTMANN, *Die Rechtsbedingung*, § 3, Leipzig, 1924, p. 14).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

constitutifs et confirmatoires des effets juridiques. Ceux qui adoptent cette discrimination mettent l'accent à l'affirmation selon laquelle le droit ne dispose sur l'existence de l'acte juridique qu'à partir d'un certain moment; mais tout reste dans la dépendance que les faits postérieurs, soi-disant confirmatoires, aient lieu. S'ils n'arrivent pas, on doit considérer que l'acte lui-même n'ait pas eu lieu. Toutefois, si les faits confirmatoires parviennent à se réaliser, on tient l'acte comme existant dès lors que les actes constitutifs aient eu lieu. La question est apparue chez Dernburg lorsqu'il se demande comment l'ordre juridique dispose sur les faits par lui-même prévus. Et il éclaircit que, dans certains cas, tels que la donation, la vente et le prêt par exemple, l'ordre juridique ne se réalise pas comme un « *deus ex machina* », car y existent des forces immanentes qui exigent la reconnaissance juridique. Il ne distingue donc pas, dans la « fattispecie », entre un « *acte constitutif* » et les autres éléments, mais il souligne que, dans certaines espèces, il y a quelque chose qui exige l'application de la règle juridique, ce qui représente une concession, certes mince, à la volonté. Cette conception, de loin beaucoup plus obscure que celle d'Otto Karlowa, n'est pas une explication logique pour le problème de l'existence et de la production d'effets de droit de l'acte juridique ou des faits juridiques en général. Envisager l'existence de l'acte découlant de l'accomplissement des faits constitutifs, comme « dépendante » de la réalisation des faits confirmatoires, c'est également une variante de la conception qui exige l'avènement de tous les éléments de la « fattispecie » pour que l'effet de droit se produise. Cette théorie ne permet pas à ce qu'on puisse penser à l'existence de l'acte avec autonomie — tout au moins avec une certaine autonomie — en face de son effet de droit. Toutefois, nombre de juristes ont accueilli la théorie de « la double fattispecie ». Dans l'une de ses oeuvres les plus récentes, M. Flume ([74]) applique les deux concepts, dès lors qu'il soutienne être parfois existant l'acte juridique, les éléments complementaires de la « fattispecie » ne constituant qu'un présupposé de son effet. Il ajoute pourtant que, dans d'autres cas, l'accomplissement de tous les faits dont se compose la « fattispecie » est indispensable

([74]) Werner FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, § 2, 3, c, p. 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

à la production d'effets. Et il soutient être applicables, dans certaines hypothèses, l'une ou l'autre solution. Mais il n'éclaircit pas en quoi puisse consister l'existence de l'acte juridique, de même qu'il ne précise pas avec exactitude la notion de la « double fattispecie ». On peut affirmer que les juristes allemands n'ont pas adopté, au moins dans le droit civil, la distinction entre existence et production d'effets de l'acte, comme le soutenait Otto Karlowa. Nombre d'auteurs, examinant cette discrimination dans le siècle passé, l'ont tenue comme artificielle ou sans interêt pratique, et presque sans exception ne l'ont pas soutenue, sauf si l'on admet que la théorie de la « double fattispecie », telle qu'exposée par Dernburg, n'est qu'une variante des idées d'Otto Karlowa, encore que « *l'acte constitutif* » ne soit pas caractérisé.

A son tour, la conception de Jhering, du progressif perfectionnement de l'acte sans la distinction entre l'existence et la production d'effets de droit, allait inspirer Joseph Kohler ([75]) à construire le concept de « *situation* » ou « *position juridique* » comme l'un des éléments du rapport juridique. Et aussi à James Goldschmidt, quoique dans un autre sens, puisque ce dernier auteur oppose le concept de « *position juridique* » à celui de rapport juridique, ce qui n'arrive pas chez Kohler d'après lequel la position n'est qu'un élément du rapport juridique ([76]).

Considérant donc comme importante seulement la production d'effets de l'acte juridique, l'analyse s'est limitée à la « *position* » des parties en face des actes qui étaient pratiqués à la recherche des effets juridiques définitifs, propres au modèle prétendu. On n'a pas adopté la distinction entre la condition requise pour l'existence et pour la production d'effets de droit, préferant ne considérer comme importante que la production d'effets juridiques, à la lumière de la réalisation nécessaire de tous les faits dont se compose la « fattispecie », mais admettant que la volonté antécedât aux autres faits qui postérieurement pourraient avoir lieu. Mais on ne voyait pas dans la volonté la nature « *d'acte*

([75]) Voir Joseph KOHLER, *Zivilprozess und Konkursrecht*, § 63, p. 327 et suivantes, dans *Holtzendorff Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, vol. 3, München, 1913.

([76]) James GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, p. 254.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

constitutif », ni même lui a-t-on donné une valeur expressive. En conséquence, les idées d'Otto Karlowa n'ont pas eu des adeptes en Allemagne.

La question de l'existence de l'acte juridique s'est répandue ailleurs qu'en Allemagne. En Italie, l'un des premiers à traiter la matière fut M. Scognamiglio ([77]), qui s'occupe de la critique faite par les auteurs allemands à l'opinion d'Otto Karlowa, critique d'ailleurs adoptée en partie par lui-même. On ne voit cependant pas en quoi la critique faite par lui à Otto Karlowa puisse être retenue. M. Scognamiglio affirme qu'Otto Karlowa n'aurait pas suffisament approfondi la question de l'existence, celle-ci n'étant qu'un simple apport pour expliquer les actes juridiques à production d'effets différés. Cette remarque ne paraît pas exacte, d'autant que le concept d'existence d'Otto Karlowa, dans son point nucléaire, est adopté par M. Scognamiglio lui-même lorsqu'il étudie les actes juridiques à effets différés ([78]). Dans une théorie de l'acte juridique, la distinction entre existence et effets de droit devrait, comme chez Otto Karlowa, être l'un de ses élé-

([77]) *Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico*, Napoli, 1950, p. 278, note 6; et spécialement p. 293, note 23. D'après M. Renato Scognamiglio, Otto Karlowa était proche de la vérité bien qu'il n'ait pas parvenu à déterminer le contenu, la structure de la « *Existenz* » et surtout à la distinguer des soi-disant effets juridiques définitifs. Ces aspects n'ébranlent pas la théorie d'Otto Karlowa, car la séparation de l'existence et de la production d'effets y est clairement exposée. Ce qui en est arrivé — comme on l'a déjà dit — c'est qu'Otto Karlowa lui-même n'a pas su appliquer convenablement à quelques hypothèses sa propre théorie dû à la survivance de certains modèles de pensée, ce qui ne devrait pas empêcher l'acceptation du concept d'existence de l'acte juridique, comme il en est malheureusement arrivé.

([78]) *Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico*, cité, p. 305, note 124. En Italie, les positions diffèrent. Ainsi, celle d'Emilio Betti est-elle un peu contradictoire. Quoiqu'il remarque la différence entre nullité et inexistence, avec l'affirmation d'y avoir des hypothèses où l'acte nul est valorisé par l'ordre juridique en résultant des effets secondaires (*Teoria Generale del Negozio Giuridico*, cité, n. 58, p. 473); d'un autre côté, il soutient que dans les actes juridiques de formation successive, les phases intermédiaires ou incomplètes peuvent correspondre à une situation juridique, pour dire ensuite qu'une fois les éléments du fait ayant eu lieu, la nouvelle situation se produit automatiquement (*Teoria Generale del Negozio Giuridico*, cité, n. 1, p. 6). Dans ce texte, Emilio Betti adopte la thèse selon laquelle les effets juridiques dépendent de la réalisation de tous les éléments dont se compose la « fattispecie ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ments fondamentaux, et non seulement un aspect secondaire, comme il en résulte de la position de M. Scognamiglio. Cariota Ferrara fait plusieurs fois allusion au terme perfectionnement de l'acte ([79]), le prenant comme synonyme d'existence car il affirme que l'acte juridique formé est existant quoique vicié de nullité. Il separe donc avec exactitude l'inexistance d'un côté et la nullité des actes de l'autre. De nos jours, quelques juristes, dans un plus grand formalisme, soutiennent que la description des faits est prévue en abstrait dans la règle indivisible ou intégrale, n'étant pas possible d'admettre des fractions ou parcelles de ces mêmes faits comme susceptibles de se constituer en faits juridiques importants. Face à une considération unitaire de la partie descriptive de la règle, on soutient que les effets juridiques et l'importance même du fait juridique, comme quelques auteurs préferent nommer l'existence, serait à la dépendance de l'avènement de tous les faits dont se compose la « fattispecie » ([80]). La « fattispecie » concrète détient ainsi une situation douteuse puisque son existence juridique serait toujours à la dépendance de la réalisation de tous les faits, celle de quelques-uns n'étant pas suffisante. La critique à cette position a déjà été faite auparavant, on pouvant encore ajouter qu'elle peut être considérée comme une simplification excessive d'un problème complexe. On doit tenir en compte la remarque de Dernburg selon laquelle il faut établir un moment pour l'apparition du droit ou du rapport juridique ([81]). Et celui-ci ne dépend toujours pas de l'accomplissement de tous les éléments dont se compose la « fattispecie » abstraitement prévue par la règle. Un autre aspect qui mérite l'attention est celui de la possible influence des idées françaises sur le droit allemand, tenant compte du fait que le Code Napoléon restat en vigueur à la Rhénanie jusqu'à l'avénement du BGB, en 1900. Quoi qu'il en soit, ces influences ne sont pas perceptibles dans l'oeuvre d'Oskar Bülow ou dans celle d'Otto Karlowa, qui ne se sont pas rapportés à ces sources. Certes, la notion d'existence dans l'hi-

---

([79]) *Il Negozio Giuridico*, cité, p. 121.

([80]) Voir Franco Gaetano SCOCA, *Contributo sul Tema della Fattispecie Precettiva*, Perugia, 1979, p. 60 et suivantes.

([81]) *Lehrbuch der Pandekten*, cité, loc. cité.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stoire du droit français a eu une grande importance, due à la règle qu'on ne peut déclarer la nullité d'un acte juridique sans qu'elle soit prévue par un texte de loi: « *Pas de nullité sans texte* ». En conséquence, pour éviter les effets d'un acte juridique dont la nullité ne soit pas expressément prévue mais qui ne devrait d'aucune manière produire des effets juridiques, on y a créé et élargi la catégorie de l'inexistence. Un autre élément important pour qu'on puisse adopter la susdite catégorie était dans la circonstance qu'en droit français autant la nullité absolue que la nullité relative devraient être déclarées, à cause de l'adage selon lequel il n'y avait pas de nullité de plein droit « *nullités de plein droit n'ont lieu en France* » (82). Le concept d'inexistence eut sa plus grande application dans le droit de la famille, car le Code Napoléon ne prévoyait pas de nullité dans certaines hypothèses où l'on ne pourrait pas attribuer à l'acte la possibilité de produire des effets, hypothèses qui n'étaient pas qualifiées comme des cas de nullité, car la détermination de la loi y faisait défaut.

Autant l'inexistence que la nullité avaient comme condition une carence quelconque à la formation de l'acte. Les auteurs Français ont désigné cette conception d' « *acte-organisme* »; plus tard, avec Japiot (83) et puis avec l'impulsion qui lui a donné Eugène Gaudemet (84), on a passé, comme on le sait, à la considérer d'un autre égard, qualifiant la nullité comme résultant d'un droit de critique, n'étant pas possible d'admettre une dichotomie parfaite entre nullité absolue et nullité relative. On configurait de différents types de nullités absolues et relatives, ne pouvant pas faire allusion à ces deux catégories comme quelque chose parfaitement distincte, spécialement en ce qui concerne l'étendue du droit de critique, c'est-à-dire des personnes pouvant intenter

---

(82) Voir Jean CHEVALIER, *Rapport Général sur l'Inexistence, Nullité et Annullabilité des Actes Juridiques*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIV, II, 1962, p. 32 et suivantes; Georges DURRY, *L'Inexistence, la Nullité et l'Annulabilité des Actes Juridiques en Droit Civil Français*, Travaux, cité, p. 611-630; et finalement Jacques GHESTIN, *Traité de Droit Civil* (*Les Obligations - Le Contrat*), Paris, 1980, n. 729, p. 626.

(83) *Des Nullité en Matière d'Actes Juridiques*, Paris, Thèse, 1909, p. 41 et suivantes.

(84) *Théorie Générale des Obligations*, Paris, 1937, p. 141 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'action en annulation. En général, ces disparités sont résultantes de diverses intensités dont se manifèste l'interêt public ayant lieu dans de secteurs spécifiques des dispositions civiles, notamment dans le droit de la famille. On peut affirmer que, de nos jours, le droit privé s'est structuré sur des cercles divers de privatisation et de publicisation, comme l'a dit naguère Ludwig Raiser ([85]). Cette même idée a été appliquée avec une autre formulation et un but tout autre par Japiot, au début du siècle, à la théorie des nullités. C'est, comme on le voit, une conception organiciste ou fonctionnaliste, partant du présupposé selon lequel le droit doit avoir assez de flexibilité pour comprendre de diverses espèces de nullité irreductibles à la dichotomie nullité absolue et nullité relative, résultantes de divers degrés d'intensité dont se manifèste l'intérêt public et l'intérêt privé. Quoi qu'il en soit, la catégorie d'inexistance des actes juridiques, prédominante jusqu'au début du siècle en droit français, semble avoir perdu du terrain à la faveur des espèces d'annulation. Le concept d'inexistence paraît toujours avoir été compris par rapport à celui de nullité. Puisque l'acte nul ne produit pas en règle des effets, il n'a pas été difficile de le considérer, comme en droit romain, en situation d'égalité avec l'inexistant ([86]). Ne fût-ce la circonstance d'exiger une action spéciale pour l'annulation des actes nuls et on aurait dès lors mis au même plan d'égalité les catégories de la nullité et de l'inexistence. On n'a pas pensé, par exemple, à la question de savoir — peut-être parce qu'on n'envisageait pas le concept de « fattispecie » — ce qui se passerait avec les actes juridiques de « formation successive » — si, à un certain moment de son développement,

---

([85]) *Die Zukunft des Privatrechts* (1971), dans *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg, 1977, p. 208-234; voir Jürgen SCHMIDT, *Privatrecht und Gesellschaftordnung*, dans *Rechtstheorie*, vol. 6, 1975, p. 47.

([86]) PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cité, vol. 3, § 249, p. 4, souligne que la distinction est nécessaire, puisque si nul et inexistant étaient des concepts équivalents, nous aurions « *la nullité des faits* », ce qui n'a pas de sens. Une fois que nullité est un concept juridique, nul est l'acte juridique auquel manquent de conditions que l'ordre juridique considère comme susceptibles d'engendrer la nullité. Pontes de Miranda critique d'ailleurs l'erreur d'identification entre manifestation de volonté, qui n'est qu'un évenement « de fait », et acte juridique, qui est une catégorie juridique.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne pouvait-on considérer comme déjà existant l'acte juridique ne manquant que de la production d'effets. Tenant compte seulement des résultats pratiques de la distinction, principale résultante du préjugé de ne valoriser la catégorie que lorsqu'il y ait des conséquences pratiques, on ne pourrait pas formuler une théorie relative à l'existence de l'acte juridique comme une situation différente de la production d'effets de droit et de la validité. Aussi n'a-t-on pas regardé de plus près la situation des actes juridiques sous condition suspensive, puisque autrement la notion d'existence comme catégorie juridique autonome et de haute valeur explicative en devrait avoir emergée. Ce fut certes l'analyse envisageant la partie générale, un degré d'abstraction plus haut, qui a conduit Otto Karlowa à construire la catégorie de l'existence de l'acte juridique avec extrême clarté ([87]). Toutefois, quoiqu'il y eût de forts éléments législatifs et doctrinaires en droit français pour la création du concept général d'existence, en raison des particularités du régime juridique de la nullité mentionnées auparavant, ils n'ont pas été suffisants, car, à partir de l'oeuvre de Japiot, les idées semblent avoir pris une autre dimension; et le concept de nullité ou d'annulation a passé à être considéré non comme un vice, comme il en est réellement, à la formation d'un acte juridique, mais comme une sanction imposée par l'ordre juridique. La circonstance selon laquelle le Code Napoléon n'a pas une position nette en matière de nullité aurait contribué à cela, de textes ambigus permettant les plus diverses théories, spécialement celle des nullités envisagées comme sanction.

Examinant les théories des principaux juristes de nos jours, notamment au-dehors de l'Europe, toujours au sujet de la notion de l'existence, Pontes de Miranda, juriste brésilien, serait peut-être presque une exception. Il démontre toujours, et dans d'in-

---

([87]) Toutefois, comme on le sait, en droit civil suisse, qui n'a pas une partie générale ou au moins ne l'a pas formellement, on adopte la distinction entre existence et validité des actes juridiques (voir Robert PATRY, *Rapport sur la Nullité en Droit Commercial Suisse*, Travaux, cité, p. 651, note 1). Parmi les auteurs français, M. RIEG (dans *Le Rôle de la Volonté* ..., cité, n. 48, p. 55) mit en valeur la distinction entre perfection et « prise d'effets » de l'acte juridique. Cette distinction n'a pas cependant le même degré d'abstraction que dans la pensée d'Otto Karlowa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nombrables oeuvres ([88]), l'utilité de distinguer nettement les concepts d'existence, de validité et de production d'effets des faits juridiques. Il est difficile de savoir si cette distinction il l'a empruntée de l'oeuvre d'Otto Karlowa dont nous avons fait allusion auparavant, qu'il ne méconnaissait certes pas puisqu'il en a cité plusieurs fois. Il paraît sûr que, chez Pontes de Miranda, la distinction résulte d'une exigence strictement logique; d'un besoin indéclinable pour qu'on puisse comprendre la théorie des actes juridiques. Comment parler d'annulation ou de nullité des actes juridiques en général sans considérer encore l'acte nul comme juridiquement existant? L'annulation quoique sous la forme de nullité, est un concept propre à l'acte juridique; et suppose donc son existence. Cette distinction a pénetré profondément le droit brésilien.

Quoi qu'il en soit, sauf les exceptions mentionnées, d'ordinaire les auteurs ne font pas la distinction — ou au moins ne le font pas nettement — entre existence et production d'effets, en mettant l'accent sur ce dernier phenomène. L'absence d'effets pratique à la susdite distinction fut, à coup sûr, la raison principale de cette assimilation des actes nuls aux actes inexistants.

Si le concept d'existence a parcouru de chemins si différents dans le droit civil, il serait intéressant de vérifier maintenant ce qui en est arrivé dans la procédure civile.

Il est curieux d'observer que le problème de l'existence du rapport procédural est apparue avant celui de l'existence de l'acte juridique. Oskar Bülow, dans un livre au sujet des exceptions et présupposés procéduraux ([89]), a appliqué au rapport procédural certains concepts qui s'etaient établis dans le droit civil. Le concept de procédure restait lié à certaines conceptions formelles, car celui-ci était considéré comme quelque chose qui s'adressait à une finalité, la décision, sans que la notion de procédure comme rapport juridique puisse être examinée de façon plus attentive.

([88]) Voir notamment *Tratado de Direito Privado*, vol. I, XX, n°9, § 4, n°2, p. 11; § 7, p. 20, *passim*.

([89]) *Die Lehre von Prozesseinrenden und Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868, notamment p. 5 et suivantes; voir également Max RÜMELIN, Oskar BÜLOW, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 102, 1907, p. 11 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oskar Bülow s'est aperçu tout à la fois que, sous le concept d'exception, se cacheaient des réalités très différentes et que ce terme n'eût pas permis de qualifier avec précision le rapport procédural. Le concept de « fattispecie » (« *Tatbestand* ») avait modifié les conceptions de l'acte juridique et celle du rapport juridique matériel, celui-là devant être appliqué à la procédure civile.

Son mérite est ainsi d'envisager la procédure sous un nouvel point de vue; non plus par rapport aux soi-disant exceptions de procédure, la façon traditionnelle, où le rapport procédural restait en quelque sorte dans l'ombre. Il s'agissait d'établir les conditions requises ou les présupposés de l'existence de ce rapport, critiquant âprement le concept d'exception de procédure; car, comme il a été remarqué, il avait porté préjudice au développement de la science de la procédure, en rendant difficile la compréhension des institutions importantes. A partir de cela, il a examiné historiquement le développement de diverses conceptions au sujet des exceptions dès le droit romain, à travers le droit du Moyen Age et jusqu'au droit de son époque, afin de démontrer l'inutilité de ce concept par rapport à une conception moderne du rapport procédural.

Certes, le rapport procédural est un rapport juridique; appartenant à ce genre, des problèmes concernant les autres rapports juridiques devaient affleurer. Ainsi la question fondamentale serait-elle de savoir quelles sont les conditions nécessaires pour qu'il puisse exister; quelles personnes ou quels actes sont nécessaires à son accomplissement, voire qu'est-ce que peut faire son objet; et aussi qui est capable de pratiquer ces actes ou qui est compétent pour les exercer. D'autre côté, Oskar Bülow avait certains préjugés, spécialement quant à la conception médiévale de procédure, et tâchait, d'une certaine manière, à écarter les conceptions de cette époque encore vivantes à son temps. Il vaut également remarquer que ses recherches historiques concernant la théorie des exceptions sont aussi importantes; mais non plus importantes que l'aspect proprement conceptuel de ses observations, puisque c'est celui-ci qui se détache notamment en modifiant la compréhension de la théorie de la procédure. Mettant en relief les conditions requises pour l'existence du rapport procédural, cet aspect est rélevé, et la circonstance selon laquelle la pro-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cédure se développe progressivement jusqu'à la décision finale, aspect prévalent jusqu'à l'édition de son oeuvre sur les exceptions et les conditions procédurales, acquiert une place secondaire. Sous le point de vue historique ([90]), on peut critiquer nombre de conclusions auxquelles il est arrivé; il est cependant indéniable qu'elles constituent un grand apport à la compréhension de la procédure. Voilà pourquoi l'élément conceptuel de son oeuvre l'emporte sur l'élément proprement historique de sa contribution.

En outre, Oskar Bülow avait présent à l'esprit nombre de projets de codification de procédure, comme par exemple celui de la Féderation des Etats du Nord de l'Allemagne (Entwurf einer Civilprozessordnung für den norddeutschen Bund), le Projet Général de Procédure Civile pour les Etats Fédérés allemands (Entwurf einer allgemeinen Civilprozessordnung für die deutschen Bundesstaaten) concernant les Litiges Civils et encore le Projet d'Ordre Procédural concernant les Litiges Civils de la Prussie (Entwurf einer Prozessordnung in bûrgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preuss. Staat), attirant constamment l'attention à leurs contributions exposées dans l'ouvrage mentionné auparavant, afin qu'on ne fasse pas usage de l'expression exception empêchante de la procédure, mais celle de condition procédurale ([91]).

Il tenait encore en ligne de compte la distinction, importante en droit romain, entre la procédure « *in jure* » et « *in judicio* », distinction qui a pénetré dans tout le droit médiéval et s'est répandue y compris dans le droit moderne. Il s'agissait de la question de savoir si le rapport procédural se constituait pendant la première phase de la procédure, ou si ledit rapport ne s'établissait que pendant une deuxième phase de cette même procédure, c'est-à-dire au moment où certaines exceptions, par lui désignées comme conditions, aient été remplies ou surmontées. Oskar Bülow ([92]) soutient que le manque de n'importe quelle de ces con-

---

([90]) Oskar Bülow suit d'ailleurs, dans ses grandes lignes, l'oeuvre de L. PFEIFFER (*Über die dilatorischen Einwendungen und die Prozesseinwendungen*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, N.F., XI et XII), comme le signale Theodor SCHWALBACH, *Zur Geschichte der Lehre von Prozesseinreden*, dans *ZSS-RA*, vol. 2, p. 199-230.

([91]) *Die Lehre von Prozesseinreden*, cité, p. 313.

([92]) *Die Lehre von Prozesseinreden*, cité, p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ditions empêche le début de la procédure. Ils se caractérisent comme des éléments constitutifs du rapport procédural puisque sans leur accomplissement le rapport procédural n'existerait point.

La tâche du juge ne serait restreinte à la mise en lumière de la « *res in judicium deducta* »; il fallait d'abord établir si les conditions d'existence de la procédure avaient eu lieu. Donc, outre la « fattispecie » du rapport privé en litige, il faudrait aussi éclaircir la « fattispecie » du rapport procédural, du « *judicium* », tâche préliminaire à la décision de fond. Comment devrait-on considérer cette première phase de la procédure? On pourrait conclure que la procédure en avait déjà eu lieu; que le rapport procédural en était déjà constitué. Ou, au contraire, devrait-on affirmer que, ce n'est qu'après surmonter ces questions, objet d'une décision simplement procédurale, un rapport juridique y aurait lieu. Conformément à cette dernière position, le rapport procédural n'existerait que dans un deuxième moment, c'est-à-dire lorsque de l'examen du fond du litige pouvait en résulter une décision capable de produire une chose jugée au sens matériel. Oskar Bülow tranche la question en affirmant l'existence d'un dualisme au sein de la procédure dont l'importance est fondamentale pour sa division: l'un où le rapport litigieux matériel a lieu; et l'autre, antécédent, où l'on examine si les présupposés procéduraux auraient été réellement accomplis (93).

Ces conceptions sont dominantes dans la pensée d'Oskar Bülow d'autant que, une fois établies, il passe à analyser le concept d'exception de procédure pour aboutir à la conclusion qu'il a une valeur restreinte pour la science actuelle. Il fait encore allusion à une certaine ressemblance avec ce qui est arrivé à la théorie des nullités sur le plan du droit de la famille, où — nous pouvons ajouter —, au lieu d'adopter le concept usuel de validité ou d'annulation, on s'en est servi du concept « *d'empêchement ou prohibition* », considérants les différents types « *d'empêchement* » comme une manière ancienne de concevoir la théorie des nullités. Il y a donc d'empêchements absolument dirimants qui entraînent la nullité absolue et des empêchements relativement dirimants qui entraînent le nullité relative. Cette façon de classifier les nullités dans

(93) *Die Lehre von Prozesseinreden*, cité, p. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le droit de la famille démontre une certaine ressemblance avec ce qui se passait avec la procédure: au lieu de tâcher de savoir quels étaient les éléments nécessaires à l'existence ou à la validité du rapport procédural, et comment pourrait-on les traiter au cours de la procédure, tout se résumait à l'usage du concept anodin d'exception qui embrassait toute la matière procédurale. Dans le droit de la famille, les codifications plus récentes ont fait usage d'une forme de classification des actes nuls, en conformité avec les autres secteurs du droit où il n'y a pas l'habitude de faire appel à des empêchements ou prohibitions.

Les auteurs qui lui ont succedé, encore au siècle dernier, ont manifesté des doutes quant au moment où l'on devait considérer comme définitivement constitué le rapport procédural. En gros, on peut dire que, une fois la demande intentée, la prétension à la décision de justice exercée, la procédure a son début ou commence à exister. Toutefois, comme le fait remarquer Paul Langheinecken (94), le Code de Procédure Civile Allemand contenait dans plusieurs articles, comme par exemple aux articles 247, 248, 465, 490, 500, I, et ainsi de suite, l'expression « *exception empêchentes de la procédure* ». En face de cette dénomination, on pourrait imaginer que ces exceptions empêcheraient le début de la procédure et donc qu'il n'y aurait pas de procédure jusqu'à ce qu'elles fussent décidées, quoique le procès fût déjà en marche. Nous avons déjà vu qu'il y a deux manières d'envisager la procédure, l'une disons historique, l'autre conceptuelle. Dans celle-ci, il s'agit de savoir si la procédure n'est considérée comme établie qu'après la décision sur les présupposés procéduraux, ou si, en définitive, elle existe tout de suite, dès le commencement de l'action, ces présupposés ou ces exceptions n'ayant pas l'effet de faire qu'on ne considère que l'ensemble des actes comme procédure à partir du début de la deuxième phase.

Oskar Bülow tient que le rapport procédural n'existerait qu'après la vérification de ses présupposés. La plus grande objection à sa position est celle de Kisch (95). Le principal argument

---

(94) *Der Urteilsanspruch, Ein Beitrag zur Lehre vom Klagrecht*, Leipzig, 1899, p. 62.

(95) KISCH, *Über Bülow Geständnisrecht*, dans *Göttinger Gelehrten-Anzeigen*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de Kisch consistait dans l'assertion que la constatation de ces présupposés avait lieu dans la procédure; par conséquent, il ferait son objet et ne pourrait donc pas se caractériser comme son présupposé. Les conditions du rapport procédural seraient, en définitive, des conditions requises par la décision de font. Pourtant, Kisch s'opposait, comme bien d'autres auteurs, à la conception selon laquelle la procédure était un rapport juridique. Il a refuté, à plusieurs reprises, cette possibilité, soutenant que le concept de rapport procédural, s'il n'était pas inutile, n'aurait pas des caractéristiques semblables à celui de rapport de droit privé, car il y aurait entre les parties des situations de sujétion et non des droits et des devoirs, comme il en résulte des rapports juridiques de droit privé. Il a en outre remarqué que cette « *sujétion* » pourrait être designée rapport juridique, à condition cependant de definir cette expression d'une façon différente ([96]). Cette conception selon laquelle la sujétion ne s'adaptait pas au concept de rapport juridique a dû avoir inspiré James Goldschmidt dans son rejet des conceptions d'Oskar Bülow et de Joseph Kohler concernant le rapport procédural pour définir la procédure comme « *position juridique* » par opposition au concept de rapport juridique. C'est, comme on le voit, un courant de la pensée juridique déjà analysé auparavant.

Parallèlement à la polémique au sujet de l'existence du rapport, on discutait le concept d'action au sens procédural, spécialement ses conditions, puisque de son exercice devrait résulter le rapport procédural lui-même. Cet aspect doit être étudié car il soulève une liaison intime avec le problème de l'existence du rapport procédural, on pouvant même affirmer qu'à cet égard se sont établies les plus vives et importantes discussions, au point de l'emporter sur celles concernant l'analyse des éléments dudit rapport.

Toutefois, une des grandes difficulté à surmonter dans l'étude des concepts juridiques au XIXème siècle est la prétension de

---

1901, p. 206 et suivantes; voir James GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, cité, p. 4 et suivantes.

([96]) Voir encore KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*, vol. I, § 2, Berlin, 1934, p. 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chaque auteur, spécialement dans la procédure civile, à la création d'une théorie et d'une terminologie particulières. La circonstance selon laquelle les mêmes théories se réproduisaient sous de diverses dénominations a été à l'origine de grandes difficultés de compréhension des concepts. Ainsi, par exemple, pour Hellwig, le « *droit d'action* » n'est ce que d'autres auteurs désignent comme « *prétension à la protection juridique* » ([97]).

S'il fallait examiner les opinions d'autres auteurs pour en démontrer, les exemples seraient trouvés aisément. Il est ainsi curieux d'observer comment Paul Langheinecken, qui a adopté le concept créé par Wach de « prétension à la protection juridique », décrit l'apparition du concept d'interêt comme condition requise à la susdite prétension ou au droit d'action. Pour lui, la définition de Jhering selon laquelle le droit subjectif était un interêt juridiquement protégé n'était pas exacte. Car cet interêt ne serait que la condition d'existence du droit subjectif; mais il ne pouvait pas être considéré comme droit subjectif ([98]). Bien qu'il ne fût partisan de la théorie civilistique de l'action, c'est-à-dire qu'il ne la considérât pas comme exercice d'un droit subjectif privé, il réconnaissait cependant que le droit à l'action, à l'image du droit subjectif, devait avoir comme présupposé un interêt juridiquement protégé. Il en résulte sa catégorie fondamentale: « *l'interêt à la protection juridique* ». En analysant les présupposés de l'existence de cette prétension ou du droit d'action, il en a fait une distinction entre les conditions concernant les faits et delles de nature juridiques. La première serait le fondement ob-

([97]) Werner NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen, 1950, p. 26. C'est interessant d'observer que K. Hellwig explique qu'il a préferé l'expression « *droit d'action* » (Klagrecht) à celle de « *prétension* » (Anspruch) parce que ce concept existe déjà dans le droit matériel et dans la procédure, et il ne serait pas adéquat de s'en servir à nouveau du même mot prétension avec un autre sens (K. HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, § 23, Leipzig, 1900 e 1924-p. 154). Il tâche de distinguer entre le « *droit d'action* » et la « *prétension* », une fois que celle-ci serait l'objet dont on a exigé et celle-là le moyen. Cette distinction a été adoptée avec plus de rigueur par Pontes de Miranda (*Tratado das Açôes*, vol. I, São Paulo, 1970, p. 48): « *l'action est, existe avant d'être exercée par la déduction en jugement et avant donc n'importe quelle invocation du droit à la protection Juridique* (*Rechtsschutzanspruch*) ».

([98]) *Der Urteilsanspruch*, cité, p. 21, note 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jectif, concret du droit d'action, l'interêt juridique objectivement fondé. Son existence constituerait une « *quaestio facti* ». La condition de nature juridique serait la reconnaissance en principe, par le droit objectif, de l'interêt à la protection juridique. Sa vérification serait donc une « *quaestio iuris* ». En d'autres termes, la condition concernant les faits serait ce que d'aucuns désignent d'interêt de procédure; et celle de nature juridique, la possibilité de demande en conformité aux dispositions de l'ordre juridique ([99]).

III. *Conclusion.*

Il s'impose maintenant, après un approche d'ensemble du concept d'existence dans la théorie des actes juridiques et dans la procédure qu'on en déduit quelques conclusions. Une des premières constatations est que la plupart des auteurs ont restreint la question de l'essence de l'acte juridique à une discussion sur un concept naturalistique ou normatif de déclaration de volonté. A l'instar d'autres réalités, contraires à une vision individualiste, Oskar Bülow a prétendu appliquer à la théorie de l'acte juridique une conception objective ayant comme caractéristique de son essence un précepte et non plus la volonté. Cette théorie a transferé à l'acte juridique la même position de Jhering quant au droit subjectif, réfutant la définition de celui-ci comme pouvoir de la volonté. Or, si l'acte ne doit pas être envisagé à l'égard de n'importe quelle conception volontariste, il ne lui resterait qu'à le définir comme une « *déclaration preceptive* ».

De cette manière, la production d'effets, le précepte ou le rapport juridique se sont confondus avec l'acte juridique lui-même. Cette théorie affleuri de nouveau avec l'apparition de nouveaux types d'actes juridiques, au point qu'on prétendait

---

([99]) Ces conceptions ont exercé une influence profonde sur la doctrine italienne, notamment quant à catégorie des « *conditions de l'action* ». Voir, en dernier, PEKELIS, *Azione*, dans *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, Torino, p. 29-46. Et a travers le droit italien, elles se sont projetées dans bien d'autres pays et continents, tels que l'Espagne, le Portugal, l'Amérique Latine en général. Liebman, pendant son séjour au Brésil, a diffusé amplement ces doctrines.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

considérer comme acte juridique certaines situation absolumment indépendantes de la volonté.

Ce n'est que chez Otto Karlowa que la discussion prend un autre sens, et la question au sujet de l'essence de l'acte juridique devient celle de son existence degagée, au moins en partie, de celui de la production d'effets juridiques. C'est ce qui en résulte de la définition d'existence de l'acte juridique « *comme lien des parties en face du commencement des effets de droit prétendus* ».

La plus grande difficulté à l'adoption du concept d'existence était, à coup sûr, celle de la nature de l'acte nul par rapport à l'acte inexistant, ou même celui de la non-production d'effets à l'égard de l'inexistence. Il resterait cependant sans réponse la qualification des actes juridiques sous condition suspensive « pendente conditione » et celle de la vente par celui qui n'est pas propriétaire, l'acquérant achetant plus tard la propriété, et bien d'autres hypothèses. La question de l'existence de l'acte juridique comme quelque chose distincte de la production d'effets juridiques est apparue pourtant chez bien d'autres auteurs, tel qu'il est démontré au cours de l'exposition, spécialement par Otto Karlowa, Cariota Ferrara et Pontes de Miranda. Toutefois, l'accent mis par Otto Karlowa et par Pontes de Miranda sur ce concept, son utilité pour une compréhension de la théorie des actes juridiques est de loin beaucoup plus importante que celle d'autres auteurs. On ne peut pas oublier sa valeur explicative, dans la mesure où nombre de problèmes juridiques ont été éclaircis tels que les cas mentionnés ci-dessus, spécialement celui des actes sous condition suspensive, et aussi la conversion de l'acte juridique nul. La position de Pontes de Miranda s'est distinguée de celle d'Otto Karlowa puisque chez celui-là l'existence de l'acte est un problème envisagé en termes strictement logiques, n'admettant pas la notion « *d'acte constitutif* », concept fondamental dans la théorie d'Otto Karlowa. Les conditions requises pour l'existence ne dépendent pas, selon Otto Karlowa, seule ment de l'ordre juridique, existant déjà dans les « faits » quelque chose qui pratiquement exige cette discrimination: « *l'acte constitutif* ». Selon Pontes de Miranda, c'est à l'ordre juridique de déterminer, avec indépendance absolue, les conditions non seulement de l'existence, mais aussi de la validité et des effets de l'acte

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

juridique. Toutefois, la qualification de l'existence de l'acte juridique comme un problème strictement logique le rend extrêmement statique. La distinction entre existence, validité et effet doit, au contraire, être soumise à des critères de valeur, de façon a ce que certains actes considérés inexistants à un certain moment historique, puissent être tenus, dans une autre occasion, comme actes juridiques existants, sans qu'il y eût de modification de l'ordre juridique.

Dans la procédure civile, à partir d'Oskar Bülow, on discute au sujet des éléments de l'existence du rapport procédural sur ce qui constitue sa « fattispecie ». A ce moment là, les conséquences ont été différentes. Oskar Bülow, soutient l'utilité du concept de rapport pour la procédure civile. Il a églament modifié la façon de traiter la procédure elle-même, permettant une certaine unification méthodologique fondé sur le concept de rapport juridique utilité tantôt au droit civil tantôt à la procédure civile. Affirmer que la procédure n'est qu'un rapport juridique — quoique ce rapport s'établisse avec l'action respective — semble être désormais un point d'accord parmi les spécialistes. Cette position ne contrédit pas le fait que le rapport procédural ait des caractéristiques propres, distinctes de celles du droit civil, et qu'elle puisse mettre en relief la valeur méthodique pour la compréhension du droit, résultant de la notion de rapport juridique. A son tour, la constatation du grand nombre de notions qui se renferment dans celle de rapport juridique, malgré sa généralité, n'efface pas son importance pour le traitement, systématique de la procédure civile. La question de savoir à quel moment le rapport existe a entraîné une discussion plus âpre. D'après tous ceux qu'imaginent qu'elle soit soumise à certaines conditions, ce n'est pas le pur et simple exercice du droit d'action qui fera naître le rapport procédural. Celui-ci restera à la dépendance de ses conditions, et encore celle des conditions de l'action elle-même. Toutefois, si l'on ne fait pas distinction entre le concept de procédure et celui de rapport, le rapport juridique doit exister dès lors qu'on établi la procédure.

Nous avons déjà vu que, historiquement, ces deux concepts ont divisé les auteurs, d'aucuns considérant que le rapport n'existe qu'une fois surmontées certaines conditions préalables, à

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

savoir les présupposés procéduraux et les conditions requises par l'action. D'autres soutiennent que, au contraire, la procédure existe tout de suite après la demande. Cette dernière théorie semble la plus adéquate, puisque autrement il faudrait séparer le concept de procédure de celui de rapport procédural, n'existant pas aucun critère sûr pour que cette distinction puisse être faite.

Quoi qu'il en soit, la pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow, encore de nos jours, est le point de repère, en quelque sorte, de la polémique concernant les conditions requises à l'existence à la fois de l'acte juridique et du rapport procédural.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Figure dell'esperienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

THOMAS KUEHN

CONFLICTING CONCEPTIONS OF PROPERTY IN QUATTROCENTO FLORENCE (*)

A Dispute over Ownership in 1425-26

> As everyone knows, in private affairs it is an advantage to be in possession, even though the legal right is not affected, and even though judicial procedures for determining ownership of property are well known and fixed. But it is an incomparably greater advantage in matters that depend on the policy of the state or on the will of those who rule. For not having to fight against immutable principles of reason or against established decisions, you can easily use the thousands of accidents that happen every day against anyone who seeks to remove you from possession. (Francesco GUICCIARDINI, *Maxims and Reflections of a Renaissance Statesman*, trans. Mario Domandi [New York 1965], p. 131).

The meanings and uses of property were of intense concern in early Quattrocento Florence. As Hans Baron, in a seminal essay, and others following him have argued, humanists like Leonardo Bruni, Matteo Palmieri, and Poggio Bracciolini reexamined the ethical meaning of property as a feature of civic life (1).

(*) Research for this paper was supported in part by a Provost Research Award and by a grant from the Office of University Research, Clemson University. The author also gratefully acknowledges the help of Gino Corti in finding and transcribing records from the Florentine *catasto* and the insightful criticisms of an earlier draft offered by Julius Kirshner.

(1) Hans BARON, *Franciscan Poverty and Civic Wealth as Factors in the Rise of Humanistic Thought*, in *Speculum* 13 (1938), p. 23. Too many pages would be

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Accompanying this conceptual re-examination were new challenges to the sources of wealth and important, even disturbing, uses of it. Wars, recurrent plagues, and other problems contributed to a deteriorating economy and worsening fiscal situation. Complaints of fraud, fiscal inequities, tax evasion, and maladministration were frequent (2). In response there emerged important legislative initiatives: the registration of emancipations and the magistracy of the Sea Consuls in 1421, the *Monte delle doti* in 1425, the ambitious *catasto* in 1427, and the *Conservatori delle Leggi* in 1429 (3).

Finally this legislation itself rested on a vital legal infrastructure. The wealth that circulated in Florence moved in the guise of legally defined categories, like dowry and patrimony, and by means of legal instruments and procedures, like contracts and wills. The basic legal concepts of property that underlay these

---

needed to list all the studies that touch on humanistic views of property in light of Baron's work. Interesting treatments are: Walter ULLMANN, *The Individual and Society in the Middle Ages* (Baltimore 1966), pp. 132-142; Lauro MARTINES, *Power and Imagination: City-States in Renaissance Italy* (New York 1979), pp. 211-217; Richard A. GOLDTHWAITE, *The Building of Renaissance Florence* (Baltimore 1980), pp. 67-112; and Riccardo FUBINI, *Poggio Bracciolini e San Bernardino: Temi e motivi di una polemica*, in *Atti del simposio internazionale cateriniano-bernardiniano*, ed. Domenico Maffei and Paolo Nardi (Siena 1982), pp. 509-540.

(2) Important are the following: Gene BRUCKER, *The Civic World of Early Renaissance Florence* (Princeton 1977); David HERLIHY and Christiane KLAPISCH-ZUBER, *Les toscans et leurs familles* (Paris 1978), chapters 1-3; Dale KENT, *The Rise of the Medici: Faction in Florence, 1426-1434* (Oxford 1978); Nicolai RUBINSTEIN, *The Government of Florence under the Medici (1434-1494)* (Oxford 1965); Anthony MOLHO, *Florentine Public Finances in the Early Renaissance* (Cambridge, Mass. 1971); Lauro MARTINES, *The Social World of the Florentine Humanists, 1390-1460* (Princeton 1963), and *Lawyers and Statecraft in Renaissance Florence* (Princeton 1968); John M. NAJEMY, *Corporatism and Consensus in Florentine Electoral Politics, 1280-1400* (Chapel Hill 1982); Alberto TENENTI, *Firenze dal Comune a Lorenzo il Magnifico, 1350-1494* (Milan 1970).

(3) In addition to the works cited in the previous note, Thomas KUEHN, *Emancipation in Late Medieval Florence* (New Brunswick 1982), pp. 37-39; Julius KIRSHNER and Antony MOLHO, *The Dowry Fund and the Marriage Market in Early Quattrocento Florence*, in *Journal of Modern History* 50 (1978), pp. 403-438; Thomas KUEHN, *Multorum fraudibus occurrere: Legislation and Jurisprudential Interpretation Concerning Fraud and Liability in Quattrocento Florence*, in *Studi senesi* 43 (1982), pp. 314-325.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

categories and instruments and that were, therefore, vital for the management of wealth and the conceptualization of the social and economic order were themselves undergoing a parallel process of reexamination at the hands of professional jurists in canon and civil law (4).

It was in the midst of this context of conceptual ferment, economic stagnation, and legislative innovation in Florence that a dispute in law arose in 1425 over the ownership of a house. Surviving documentation allows for a fairly thorough reconstruction of the dispute. The issues raised in this dispute and their treatment in a legal opinion by five prominent Florentine jurists provide a unique perspective on the meanings and uses of property in this crucial period (5).

I. *Facts of the Case.*

The suit first came before the court of the Podesta in July 1425. On 3 July Domenico di Zanobi di Ceccho Fraschi of the *popolo* of Santa Maria sopr'Arno emancipated his daughter Francesca, called Checcha. As an emancipation gift Domenico gave his daughter the estate of his grandmother. Checca immediately had appointed a notary, ser Loisio di ser Michele Guidi, as her *procurator* (an agent-attorney) to secure possession of the property through the court (6). Checcha herself was married a few days later, on 9 July, to Jacopo di Tommaso Tani (7). On 10 July, ser Loisio obtained from the court of the Podestà a decree

(4) See below, Section II.

(5) Biblioteca Nazionale, Firenze, Landau-Finaly 98, fols. 403r-414v, containing the formal original with seals and signatures. It is reproduced in the Appendix without the long introductory copies of statutes (fols. 403r-407v). This document will hereafter be referred to simply as Consilium.

(6) Archivio di Stato, Firenze (hereafter ASF), Notarile antecosimiano G212 (1422-1430), fols. 200r-v, edited in my *Women, Marriage, and Patria Potestas in Late Medieval Florence*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 49 (1981), pp. 145-146, where it appears as an example of the use of a married woman by her father. This action is also reported in Consilium, fol. 408r. For an explanation of the emancipation gift, see *Emancipation*, pp. 18-19.

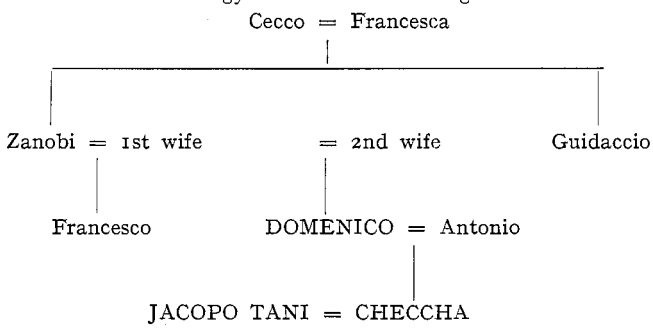
(7) ASF, Notarile G212, fol. 200v.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of eviction (*preceptum de disgombrando tenutam*) against the current holder of the property, a monna Antonia, widow of Francesco di Daldo Cantini (8).

The crux of the matter for Domenico and his daughter was that (contrary to the advice later given by Francesco Guicciardini) they were not in possession of the property. The gift to Checca rested on a claim to ownership, but Domenico Fraschi had never been in actual possession of the property at any time in the forty-three years since he had acquired title to it.

Genealogy of the Fraschi Litigants



Ownership and possession had a complicated history that went back to 8 July 1358, when possession was first separated from ownership. This complicated history is best presented schematically (9).

- 8 July 1358: Domenico Fraschi's father and uncle were involved in arbitration with their mother. The sons were obligated to support her with 13 florins yearly for *alimenta*, in return for which they received possession of the family's house near the baptistry and cathedral of Florence.
- 1363: The uncle died without heirs.
- 1381: Domenico and his half-brother Francesco fell heir to the house following their grandmother's death.

(8) *Consilium*, fols. 408r-v.

(9) The following discussion of the property's history is based on *Consilium*, fols. 408r-409r.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

- 1382: Domenico formally took title to the inheritance (*adire hereditatem*). He was not then in Florence.
- 1387: Francesco, the half-brother, while in France, sold his rights as heir to the 350 florin dowry of his mother, Zanobi's first wife ([10]). The purchaser, Francesco Cantini, returned to Florence and obtained the requisite judicial decree giving him detention (*tenuta*) of the house as security (*hypotheca*) for the value of the dowry. As the house was seemingly vacant, he took up residence there.
- 1391: Cantini married Antonia, daughter of Luigi Quaratesi, with a dowry of 650 florins, and brought her to live with him in the Fraschi house.
- 1400: Francesco, the brother, died without heirs.
- October 1424: Cantini died and his widow in turn judicially obtained detention of his property, including the house, which had been obligated for her dowry ([11]).

Less than a year later the widow Antonia was faced with an eviction order in favor of Fraschi, who had done nothing to assert ownership or retrieve possession in all the years between 1382 and 1425. So far as we can tell, Domenico Fraschi, had not set foot in the house since 1380. He had in the meantime spent eighteen years in foreign lands, presumably on business, and, after returning to Florence, had set up residence across the Arno ([12]). Between 1380 and 1425, Domenico Fraschi had accumulated a modest patrimony and had acquired some prominent friends. Indeed his fortunes and his friends went hand in hand. In the estimation of the chronicler Giovanni Cavalcanti, Fraschi was an *amico* of none other than Cosimo de' Medici and « although virtually a nobody, he acquired great wealth under Cosimo's sponsorship » ([13]).

([10]) ASF, Notarile G212, fol. 200r. Cantini may have been related to Giovanni Cantini who had stood surety on the 1358 arbitration.

([11]) Information on Cantini's marriage and death comes from ASF, Notarile G212, fols. 269v-270v, about which document more will be said below.

([12]) *Consilium*, fol. 409v.

([13]) Quoted in KENT, *The Rise of the Medici*, p. 78.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Despite Cavalcanti's assessment it can be said that Domenico Fraschi did not exactly start from nothing and was not totally dependent on the Medici. His grandmother had come from the prominent Giugni lineage, members of which had ties to the Medici in the 1420 s. ([14]). Fraschi also seems to have gained the patronage of his powerful and prominent neighbors, the Bardi, from one of whom he rented his house in Santa Maria sopr'Arno ([15]). Nevertheless, according to Fraschi's *catasto* declaration of 1427, while he owned two *poderi* in the Mugello and various credits in Florence's funded public debt (the *Monte comune*), he owed the firm of Averardo de' Medici over 1300 florins ([16]). This seems to have been a substantial debt for a man of limited resources. His son-in-law too seems to have been an unusually attractive social alliance for a man of Fraschi's stature. Jacopo di Tommaso Tani was an important Medici employee, who possessed a considerable fortune when he took Checcha as his second wife ([17]).

([14]) Ibid., pp. 55, 60, 89, 174, 233, 316-317, 353.

([15]) Bardo di Francesco di messer Alessandro and Paolo di Giovanni d'Andrea Bardi were witnesses to the emancipation on 3 July 1425. Grezzo di Francesco and Andrea di Lipaccio Bardi, along with Giuliano di Francesco Sergini, witnessed the marriage vows six days later. Bernardo di Ciandrello and Paolo di Giovanni d'Andrea Bardi served as witnesses at the second emancipation of Checcha the following March, along with ser Niccolò Tinucci. Bandino di Buonaccorso Boscoli and Francesco di Tommaso de' Medici would be witnesses for Fraschi on 14 January 1427. Finally, Fraschi would name as his *procuratores* (temporarily) his son-in-law and Andrea and Larione di Lipaccio Bardi. Andrea and Larione Bardi would become supporters of the Medici (KENT, *Rise of the Medici*, pp. 40 n, 73, 292, 314-315, 352) and had old business ties with them, while Bardo di Francesco, who had business ties to the Medici in the 1420s, would appear among their enemies in 1434 (*ibid.*, pp. 166-167, 355). Ser Niccolò Tinucci was another Medici *amico* who used his inside information on governmental operations to aid his patrons (*ibid.*, pp. 228-233, 354). Bardo, Andrea, and Larione Bardi commanded considerable wealth (MARTINES, *Social World*, pp. 375-376).

([16]) ASF, Catasto 79, fols. 421v-422r. The total value of the farms, their fruits, the *Monte* credits, and other assets was given as 1224 florins, 14 soldi, 5 denari. The only dependent Fraschi listed was his 48 year old wife Antonia. His marriage to her must have occurred about the time he returned to Florence after his eighteen year absence around 1398.

([17]) Tani's assessed wealth placed him among the 600 wealthiest men in Florence in 1427 (cf. MARTINES, *Social World*, p. 371). He had been employed

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Only at the time of his daughter's marriage did Domenico Fraschi move through her to recover the property. Why did he act in 1425? Several possible answers suggest themselves. In the first place, Fraschi was not a young man. At the relatively advanced age of at least 62 (18), he may have thought he had little time left to arrange his affairs. Securing the property and turning it over to his daughter could have been intended to provide for himself and his wife in old age (19). The property might also have figured in his daughter's dowry (20). Perhaps above all, in the midst of a clouded commercial atmosphere in 1425, and in the midst of personal financial difficulties, Fraschi may have decided to retrieve a neglected asset of considerable value (21).

A more intriguing question, however, is why Fraschi would still consider the property his after all those years. From the perspective of the twentieth century and from Anglo-American law, it is hard to understand why Fraschi would try to reclaim possession after almost forty years of peaceful possession by others, without so much as a token payment of rent or any other

---

in the Rome branch of the Medici bank in 1402 with a salary of 40 florins (Raymond DE ROOVER, *The Rise and Decline of the Medici Bank, 1397-1494* [Cambridge, Mass. 1963], p. 44). Tani's sons were active in trade and banking in the mid-fifteenth century, gaining substantial if not spectacular fortunes (*ibid.*, pp. 60, 87, 342, 344; and MARTINES, *Social World*, pp. 136-137).

(18) In the records of the Conservatori delle Leggi Fraschi's year of birth was given as 1365, making him 60 in 1425. But in the *catasto* two years later his age was given as 64.

(19) Examples of this practice in *ibid.*, p. 120, and in *Women, Marriage, and Patria Potestas*, cit., pp. 138-139. In fact, in 1428, Fraschi appointed Tani and Andrea and Larione Bardi as his *procuratores* to settle a variety of his affairs, including those with the *Monte comune* and others, even after his death. Though he later revoked these appointments, they reveal a concern about his financial state. Cf. Notarile G212, fol. 360r.

(20) As Checcha was a relatively old 25 at her marriage, and there is no firm evidence there were other children, the house may have been part of the dowry, despite the general preference among Florentines and others to keep real property in male hands.

(21) Even with the house and a further settlement in his favor, the *catasto* found his assets (f. 1689.0.1) less than his obligations (f. 1973.7.10), putting him f. 274.6.9 in arrears. That does not mean, however, his situation was thoroughly desperate.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recognition of his ownership. From the perspective of Quattrocento Florence, however, Fraschi's attachment to family property, especially a house, does not seem so peculiar. Florentines' attachment to familial property was strong. Numerous strategies existed to preserve family control and to pass such property through the generations ([22]). Florentines who had been absent from their homes and lands, for a long time, for whatever reason, still considered ancestral property theirs and would pursue various avenues to regain it ([23]).

Pursuit of property claims after a long time was also fully consistent with the qualities of a vendetta ([24]). Moralists like Paolo da Certaldo in the fourteenth century and the humanist Leon Battista Alberti in the firteenth, while cautioning against physical violence, advised patience in waiting for the right opportunity for revenge of family honor and recovery of family interests ([25]). Countless plots of *novelle* were constructed around pa-

---

([22]) Important here is Francis William KENT, *Household and Lineage in Renaissance Florence: The Family Life of the Capponi, Ginori and Rucellai* (Princeton 1977), pp. 125-149; also Richard GOLDTHWAITE, *Private Wealth in Renaissance Florence* (Princeton 1968), pp. 270-271.

([23]) F. W. KENT, *Lorenzo de' Medici's Acquisition of Poggio a Caiano in 1474 and an Early Reference to His Architectural Expertise*, in *Journal of the Warburg and Courtauld Institutes* 42 (1970), pp. 250-252. « Bardo di Lorenzo di Palla Strozzi was to take the view in 1496 that Poggio a Caiano. ' la nostra antichia ', was still not Medici property which could be sold forcibly to strangers by the commune after the downfall of Piero in 1494 » — even though it had been sold to them in 1477 by Giovanni Rucellai, who had first assembled the property with the approval of the exiled Palla Strozzi, « who was determined to win back, even indirectly, this prized property and certain other of his estates which had fallen into alien hands ».

([24]) Jacob BLACK-MICHAUD, *Cohesive Force: Feud in the Mediterranean and the Middle East* (New York 1975), esp. pp. 24-27, 74-85, 93-103, 141-145, 172-207, 237-241. Anna Maria ENRIQUES, *La vendetta nella vita e nella legislazione fiorentina*, in *Archivio storico italiano* 91 (1933), pp. 85-146, 181-223.

([25]) PAOLO DA CERTALDO, *Il libro di buoni costumi*, ed. Alfredo Schiaffini (Florence 1945), pp. 102-103 and his advice about property, pp. 144-145: « Quando comperi possessioni, fa d'avere buoni mallevadori e sicuri, e le parole di donne e fanciulle o fanciulli de la casa, o d'altri stretti parenti, si che'nganno non ne potessi ricevere doppo la morte del venditore ». Leon Battista ALBERTI, *I libri della famiglia*, ed. Ruggiero Romano and Alberto Tenenti (Turin 1969), p. 402: « Da ogni parte s'apre luogo a vendicarsi ... purché tu aspetti el tempo ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tient and cunning acts of revenge (26). The lawsuit initiated by Fraschi was a bloodless surrogate for revenge. The suit provided a forum for the processing of familial moral and political, as well as economic, claims. So an abiding attachment to familial property might be processed through a dispute, even (or perhaps especially) after a long time. Furthermore, when one was not in possession and able to use « the thousands of accidents that happen every day », the judicial process offered the only remedy.

Pursuit of these claims through the courts also required some sense of the law. Ser Loisio's legal expertise, therefore, was very important. Certainly the emancipation and lawsuit in 1425 displayed a sense of legal timing. Fraschi could not have waited much longer, for time was against him. Fraschi and his son-in-law Tani also had had experience with legal procedures. Tani's *catasto* declaration, at least, reveals that judicial proceedings had been undertaken against some substantial debtors (27). So in the last analysis, as his claims were legal, rather than factual, Fraschi tried to use emancipation and the skills of ser Loisio to manipulate the law in his favor (28). This manipulation consisted in part of the initiation of proceedings and in part of the presentation of claims therein. These claims, in turn, rested on interpretation of legal norms. Ser Loisio presented this interpretation in his arguments of 10 July 1425. He claimed, on the basis of the history of the property that Domenico held title and that the debt to Francesco Cantini had been settled by the return (*redditus*) on the house during the intervening years, so that Cantini's widow had no right to stay there any longer (29).

---

(26) As Giovanni SERCAMBI, *Novelle*, ed. Giovanni Sinicropi, 2 vols. (Bari 1972), pp. 522-523, 632-635; and BOCCACCIO, *Decameron*, Eighth Day, 7th and 10th tales.

(27) ASF, Catasto 78, fols. 129v-131r.

(28) Such manipulation of the law is most evident in Florentine *ricordi*. Note, for example, *Il libro di ricordanze dei Corsini*, ed. Armando Petrucci (Rome 1965), pp. 111-112, where (on the theme of possession as distinct from ownership) Giovanni di Matteo Corsini kept title to property bought in fact for his brother Niccolò.

(29) At the statutory rate of five percent, with the surplus counted against the principal, Cantini (according to ser Loisio) had realized over 400 florins against

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

By the terms of the applicable Florentine statute ([30]), these arguments were sufficient to obtain the decree. By the same statute, however, monna Antonia had thirty days to respond, to show cause why she should not be evicted. If she could demonstrate continuous possession of the property for the four previous years and that she had possession by title or just cause, or otherwise treated the property as her own (« pro suis vel tanquam sua bona ») ([31]), then it was up to the court to « discuss and determine the priority and strength of the right of both parties ».

Antonia was not a poor widow, she was a Quaratesi with a substantial dowry tied up in the house ([32]). She was not about to let Fraschi suddenly assert what was from her perspective a moribund claim. She retained her own *procurator* (as she had to as a woman), ser Davanzato di Jacopo. He forcefully and skillfully presented her case, mounting a three-pronged counterattack. The first and most important argument was that Domenico's title, which went back to the arbitration of 1358, had been legally prescribed by the passage of time. Prescription (about which more will be said below) was an institution of civil and canon law that had been admitted into Florentine statutory law. It allowed that a title or right not acted upon for a period of thirty years was lost to the person(s) who had exercised the right during that period. Time and fact of possession, in other words, could change the legal fact of title. Because Cantini had been in continuous

---

the 350 florins dowry debt (Consilium, fol. 408v). The total was, in fact, close to 500 florins.

([30]) *De precepto de disgombrando*, in *Statuta populi et communis Florentiae, anno salutis mccccxv*, 3 vols. (Freiburg 1778-1783) [hereafter cited as Statuta 1415], 1, pp. 152-156 (Book 2, rubric 58), reproduced with no significant variations in Consilium, fols. 405r-407r. The version of 1355 is also reproduced in Consilium, fols. 404r-v, corresponding to ASF, Statuti del comune di Firenze 16 (Statuti del Podestà dell'anno 1355), fols. 72v-73v (Book 2, rubric 12).

([31]) These were the terms of the 1415 statute, which seem to back off from the 1355 statute's emphasis on title alone: « nec sufficiat solum allegare se possidere vel tenere pro se vel alio, sed titulum assignare ac probare debeat quare dimictere et disgombrare non debeat ... ».

([32]) Her nephews figured among the wealthiest citizens of Florence in 1427 (cf. MARTINES, *Social World*, p. 376).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possession of the house for 38 years, ser Davanzato argued that time, in the form of legal prescription made his client the sole owner of the house (33).

Ser Davanzato's second argument established Antonia's just title to the property: that « peacefully and quietly and in good faith by reason, title, and cause » Francesco Cantini had acquired the house and so did his widow after him. Ser Davanzato even produced three neighbors to testify that Cantini had lived there over thirty years. None of the witnesses could say what title Cantini had, but they all affirmed that he had treated the property as his own, even making structural improvements and additions « just as true owners and possessors do with their own property ». Ser Davanzato also reminded the court that Antonia now held the house under judicial decree for her dowry (34). But the major contention was that « Francesco held the property as his own for so long a time, namely 30 and more years, that he prescribed it ».

The third argument raised a technicality. Checca's emancipation had not been registered with the Signoria as required by law since December 1421 (35). By the terms of the law, therefore, her emancipation and the gift that gave her title to the house were invalid—so too was the suit being pressed in her name by ser Loisio.

II. *Property Law and Prescription.*

The crux of ser Davanzato's presentation was that prescription had occurred in favor of his client. This appeal to prescription rested, in turn, on an underlying sense of property. Ser Davanzato was arguing that relations between persons and things

(33) *Consilium*, fol. 408v.

(34) *Consilium*, fols. 408v-409v.

(35) ASF, Provvisioni registri 111, fols. 238r-239r; on whch see KUEHN, *Emancipation*, pp. 37-38. Archival documents support ser Davanzato. There is no entry for the emancipation of 3 July 1425 in ASF, Notificazioni di atti di emancipazione 1. However there is an entry in the registry kept by the Mercanzia: Mercanzia 10820 *bis*, fol. 106v [7 July 1425].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(legally describable in terms of ownership) were established, in the last analysis, not by abstract notions of title but by the objective facts of uncontested possession and use over a long period.

This « objective » view of property enjoyed wide support in medieval jurisprudence, for the outstanding feature of medieval property law was its « conditioning by the facts » (36). In the works of medieval jurists, property — the legal relations between human subjects and real things — was predicated on the autonomous existence and value of the real. So relations between person and things were dialectical, and property took on an objective quality (37). In contrast, property in modern law is essentially subjective and voluntaristic. The real has simply become a passive extension of the owner's *persona*. Rather than being conditioned and limited by the real, the owner endowed with modern « possessive individualism » (38) dominates it and others throught it (39).

---

(36) Paolo GROSSI, *Le situazioni reali nella esperienza giuridica medievale* (Padua 1968), p. 180. See also his *Usus facti: La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1 (1972), p. 302. These studies were preliminary to Grossi's landmark book, « *Un altro modo di possedere* »: *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria* (Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 5), (Milan 1977); English translation as *An Alternative to Private Property: Collective Property in the Judicial Consciousness of the Nineteenth Century*, trans. Lydia G. Cochrane (Chicago 1981). His analysis, which avoids « the twin perils of idealist reductionism and mechanical materialism » (Julius KIRSHNER, *Forword*, in *An Alternative to Private Property*, p. viii), provides an excellent framework for understanding the Florentine lawsuit. Grossi's historical account differs markedly from that of Charles DONAHUE Jr., *The Future of the Concept of Property Predicted from Its Past*, in *Property*, ed. J. Roland Pennock and John V. Chapman (New York 1980), pp. 28-68, which offers a metahistorical position on the logic of property (esp. p. 45).

(37) GROSSI, *Situazioni reali*, pp. 201, 205-206. For a succinct presentation of Grossi's views, see KIRSHNER, *Foreword*, pp. viii-ix, and his review of *Un altro modo di possedere*, in the *American Journal of Legal History* 22 (1978), pp. 342-346.

(38) As the phrase indicates, Grossi's analysis shares a great deal with that of C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism* (Oxford 1962) and *Property: Mainstream and Critical Positions*, ed. C. B. Macpherson (Toronto 1978), p. 1-13, 199-207, and Michael E. TIGAR with Madeleine R. LEVY, *Law and the Rise of Capitalism* (New York 1977), pp. 197-206. But see also DONAHUE, pp. 38-41.

(39) GROSSI, *Un altro modo*, pp. 379-380. See also Otto KAHN-FREUND,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The objective nature of medieval property law is revealed above all by the development of the notion of *dominium utile*. Roman ownership, *dominium*, was absolute. Roman law hesitated to attribute even possession to anyone but the owner, so where property was actually in the hands of another (e.g., a tenant, a borrower) the other was usually attributed with mere detention (*detentio*) or use, as distinct from possession ([40]). In the Middle Ages, however, land was often in the hands of people other than the putative owner. The fact of enjoyment by others and the quality of this enjoyment over a long period came to separate the owner (*dominus*) from his property and instead to vest a form of autonomous useful ownership (*dominium utile*) in the possessor ([41]). The outstanding example of this medieval objective sense of property was the *locatio ad longum tempus* (rental for long term). This uniquely medieval institution attributed *dominium utile* to one who rented a property for a long time and is the most evident example of how a lasting objective state of facts

---

« Introduction », in Karl RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Function*, trans. Agnes Schwarzschild (London 1949), pp. 22-23.

([40]) GROSSI, *Situazioni reali*, pp. 26-28. Also on the Roman notion of *dominium*, see Barry NICHOLAS, *An Introduction to Roman Law* (Oxford 1962), pp. 153-157; and, with an interesting presentation of distinctions between Roman and Anglo-Saxon common law, W. W. BUCKLAND and Arnold D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, 2nd ed. rev. F. H. Lawson (Cambridge 1952), pp. 62-82.

([41]) On the origins of the concept, Robert FEENSTRA, *Les origines du dominium utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani)*, in *Fata iuris romani: Etudes d'histoire du droit* (Leyden 1974), pp. 215-259. The characterization of *dominium utile* is drawn from Paolo GROSSI, « *Locatio ad longum tempus* »: *Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune* (Napoli 1963), pp. 18-19, 141-143, 155-156; ID., *Situazioni reali*, pp. 173, 187-188: « Il dominio utile è caratterizzato da un elemento di godimento che ha una sua autonomia rispetto al proprietario formale del bene: o è l'ordinamento che costruisce, mediante rapporto a lunga durata, intorno al concessionario una sfera sufficientemente larga di poteri ... o è la semplice durata del rapporto che, rendendo effettiva una situazione di fatto sul bene, gli conferisce per ciò stesso autonomia ...

« L'incidenza del tempo come fattore alterativo di situazioni giuridiche, la sua qualità di essere nel campo del reale strumento di partecipazione fra soggetto e cosa sono dati ricorrenti e riemergenti ... ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

acquired a normative power and issued in an adjustment of the normative order ([42]).

Dominium utile drew limits around the formerly absolute ownership (termed *dominium directum*) of Roman law. *Dominium utile* marked the concrete, temporal, utilitarian relations between persons and things. *Dominium directum* became a mere residue of formal and personal qualities of ownership ([43]). However, while *dominium utile* ordinarily stood alongside *dominium directum* or even in nominal subordination to it, in prescription *dominium utile* opposed and denied any *dominium directum* ([44]). Because of this frontal assault on *dominium directum*, medieval jurisprudence, despite its evident regard for the objective facts of use and enjoyment, was reluctant to admit prescription and conceded only *dominium utile*, not full *dominium directum* to a successful *praescribens* ([45]).

Subjective and voluntaristic dimensions of ownership embedded in the notion of *dominium directum* became unavoidably prominent in prescription. *Directum* was seen as a personal quality inhering naturally in an owner ([46]). It was in his very bones.

([42]) GROSSI, *Locatio ad longum tempus*, pp. 64-77.

([43]) In reaction, several jurists, notably Baldus, declared that *dominium utile* was the only true ownership (cf. FEENSTRA, pp. 258-259).

([44]) Bartolus to D. 41. 2. 17. 1, *Si quis vi* § *differentia*, *De acquirenda possessione* (quoted in GROSSI, *Situazioni reali*, pp. 194-195 n. 31): « Quaero utrum utile dominium sit unicum vel plura? Respondeo: plura. Unum quod opponitur et contradicit vero dominio et est illud quod quaeritur ex prescriptione ... Aliud quod verum directum dominium recognoscit et est illud quod competit emphytheutae et superficiario et similibus ».

([45]) GROSSI, *Situazioni reali*, pp. 188-189, notes that *usucapio*, on the other hand, was seen as « favorabilis ». *Usucapio*, in contrast to prescription, concerned only *mobilia*, and resulted in full *dominium*. It was real property, then (such as the house in this dispute), that inhered in the owner's personality, and prescription of real property did not, strictly speaking, result in *dominium*. Keeping to the sense of *dominium* in the Justinianic texts, but seeking to describe the right on which the action in prescription presumably rested, Bulgarus coined the term *effectus dominii*. Later Azo and Accursius applied the term *dominium utile* to the effect of prescription (cf. FEENSTRA, pp. 224-228, 248-250).

([46]) GROSSI, « *Locatio ad longum tempus* », pp. 166-170; ID., *Situazioni reali*, 203-204.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Prescription, therefore, sought not only to strip him of the effects of ownership but struck at his very personality ([47]).

So ser Davanzato's case, while strong, was not airtight. It could not avoid a clarifying contrast to a subjective and voluntaristic sense of property that also had wide, if not complete, support in the early fifteenth century. Voluntaristic notions of property had gained adherence among Franciscan theologians, moralists, and preachers; and they had entered into discussions of usury in Florence and elsewhere ([48]). Humanists in Florence were also developing and propounding a subjective sense of property in their works on civic life ([49]). And finally, by means of canon lawyers, some of this subjectivism was entering juristic discussions of prescription.

One of the legal requirements for prescription was good faith (*bona fides*) on the part of the *praescribens* ([50]). In Roman law

---

([47]) GROSSI, *Situazioni reali*, pp. 193-194, to the affect that in the language of canonists « proprietatis amittit effectum, in effectu et quo ad utilitatem, nam quo ad veritatem non amittit; quia iura proprietatis nimis inhaerent ossibus ».

([48]) According to Grossi, the ideological moments behind modern subjectivism in property were constituted by Franciscan voluntary poverty, humanist individualism and historicism, and the voluntarism of sixteenth-century scholasticism: Paolo GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica*, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Milan 1973), pp. 117-222; and « *Usus facti* », pp. 350-355. Also pointing to voluntarism, mainly in the context of late medieval nominalism, is Dietmar WILLOWEIT, *Dominium und Proprietas: Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, in *Historisches Jahrbuch der Goerres-Gesellschaft zur Pflege der Wissenschaft im Katholischen Deutschland* 94 (1974), pp. 154-155. On voluntarist and antivoluntarist views of usury, see Julius KIRSHNER, *Reading Bernardino's Sermon on the Public Debt*, in *Atti del simposio internazionale cateriniano-bernardiniano*, pp. 547-622.

([49]) BARON, *Franciscan Poverty and Civic Wealth*, was so intent on drawing a distinction between Franciscan and civic humanist viewpoints — a distinction that could serve to mark the boundary between medieval and renaissance — that the differences among the Franciscans and the continuities between some of them and the humanists escape his notice.

([50]) Requirements for prescription were reducible to the simple formula: « res habilis, titulus, fides, possessio, tempus » (cf. Enrico BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano* [reprint ed., Milan 1964], p. 189). Law on prescription received a systematic summation in the sixteenth century from Giovanni Francesco BALBI, *Tractatus de praescriptionibus* (Venice 1582).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prescription was both extinctive of obligations and acquisitive of title to real property (51). Where ownership of real property was in question not only was legal action debarred but title itself passed to the possessor. In order for acquisitive prescription to take effect, the *praescribens* had to be in continuous *possession* of the property by a legal means (*iusta causa*) and be in good faith when gaining possession (52). Canonists saw all prescription as acquisitive, if only because extinction of actions still had undeniable substantive effects (53). So they broadened the requirement for good faith to all forms of prescription and to all points during the prescription-accruing period. Canonists demanded that any bad faith must return the property to the owner, that there could be no prescription whatever in the absence of good faith (54).

At its simplest good faith amounted to a belief that a property was truly one's own or that a debt had been settled. Thus the knowledge that title lay elsewhere precluded good faith. However, what civil law emphasized in good faith was a lack of intent to harm the other, whereas canon law saw good faith as lack of sin in the person acquiring ownership; to canonists it was not enough that there merely be no harm to the owner, and negligence on the owner's part did not excuse bad faith in the *praescribens* (55). To them good faith was a positive subjective force.

---

(51) BUCKLAND and NcNAIR, pp. 117-120; NICHOLAS, pp. 120-122.

(52) BUCKLAND and McNAIR, pp. 121-122.

(53) Cf. Noel VILAIN, *Prescription et bonne foi du Décret de Gratien* (1140) *à Jean d'André* (*d. 1348*), in *Traditio* 14 (1958), pp. 165-169.

(54) *Ibid.*, pp. 121-142.

(55) The crucial canonical text is X. 2. 26. 20, *Quoniam omne*: « Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus ut, nullo valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae » (*Corpus iuris canonici*, ed A. Friedberg, 2 vols. [Frankfurt 1874], 2, p. 394).

A succinct presentation of good faith regarding prescription is in *Enciclopedia del diritto*, s.v. « Buona fede (diritto canonico) », by Luigi SCAVO LOMBARDO, 3, pp. 368-370; Also Francesco RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione* (Padua 1892); Urbano NAVARRETE, S. J., *La buena fe de las personas juridicas*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The major problem for legal practice was whether the canonists' sense of prescription and good faith should prevail over that of the civilians. Florentine statutory law provided no clear guidance. By the rubric *De prescriptionibus civilium actionum* of 1355, actions could be prescribed after thirty years (fifteen for *locationes ad longum tempus*). Prescription was not allowed against certain categories of persons: creditors in possession of their debtor's property, minors, and those absent from Florence (except those officially exiled) ([56]). The statutes of 1415, revised by the jurists Paolo di Castro (1360-1441) and Bartolomeo Vulpi (1359-1435), under the rubric *De prescriptione*, reaffirmed the 1355 law — with one crucial addition. It allowed prescription of *dominium*, not just extinction of actions: « If anyone should hold or possess real property by himself or his antecedents for thirty years or more peacefully and quietly, he cannot be molested or disturbed but should be defended ([57]). In neither version was the question of good faith raised; that was left to the courts. The statute, it would seem, was more concerned with the establishment of civic order in property relations than it was with abstract ethical notions of good faith. Jurists, however, were concerned with such abstract notions and with the relationship between statutes and the *ius commune* of the schools. So the Florentine lawyer Alessandro Bencivenni (1385-1423) in his commentary on the statute *De prescriptione* claimed that prescription against absents fell to the terms of the *ius commune* and that debtors in bad faith could not prescribe ([58]).

---

en ordén a la prescripcion adquisitiva: Estudio histórico-canonico (Rome 1959), esp. pp. 319-325; Manuel CUYAS, S. J., *La buena fe en la prescripcion extintiva de deudas, desde el Concilio IV de Latrán (1215) hasta Bartolo (d. 1357)* (Rome 1962), pp. 1-25.

A brief definition of bad faith is provided by ANTONIO DA BUTRIO, to X. 2. 26. 5, *Vigilanti, De praescriptionibus, Super secunda secundi decretalium* (Venice 1578; reprint ed., Turin 1967), vol. 4, fol. 107va: « No. quod male fidei possessor dicitur sciens rem alienam ».

([56]) Podestà 1355, fols. 72r-v.

([57]) Statuta 1415, pp. 169-170.

([58]) BNF, Principale II, iv, 435, fols. 54-rv, especially fol. 54v: « Nunquid debitor in quantitate male fidei prescribat adeo quod in ipsum incipiat prescri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Several areas of uncertainty thus existed in the law applicable to the case before us. There was jurisprudential disagreement on the good faith issue. There was also the problem of the relationship between statute and learned law. Above all there was the problem of the objective ownership manifest in enjoyment over time against subjective ownership manifest in title. All else was subordinate to this problem.

In his reply to the arguments of ser Davanzato, then, ser Loisio highlighted these uncertainties ([59]). Against the argument that prescription had occurred, ser Loisio countered, first, that prescription had been interrupted in 1380 by Zanobi di Ceccho's death and, second, that thereafter Domenico Fraschi had been absent for eighteen years and prescription time could not be calculated against him during that period. Ser Davanzato had argued that Domenico's absence had been voluntary and, therefore, did not protect him; but ser Loisio suggested that the statute be interpreted as exempting even voluntary absences from prescription.

Against the second argument that Cantini had treated and held the property like an owner, ser Loisio argued that at the statutory rate of five percent the debt had been satisfied and, as a result, Cantini and his widow had no right to the house. Ser Loisio also argued that Cantini's claim was self-contradictory: He could not say the property was « pro suis » when he clearly had acknowledged it was a security belonging to another and held for a debt. At most Cantini had had detention, not possession.

Finally ser Loisio conceded the third point about emancipation. He had to. A jurist had already advised that the emancipation and all actions in Checcha's name were void because of the failure to register the emancipation; and a court had so pronounced. However, Domenico Fraschi was ready to emancipate

---

ptio dic quod non per d. Antonium de But. in c. fi. ex. de prescript. et sic hereditas eiusdem debitoris donec fuerit adita non incipit prescribere Ang. in d. l. adicit [de ver. ob.]. Casus in quibus non currit prescriptio vide. g⟨lossa⟩ in l. sicut C. de prescript. ».

([59]) *Consilium*, fols. 409v-410r.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

his daughter again — this time carefully observing all requirements. So this third point was no real obstacle to resumption of proceedings.

III. *The Consilium.*

Ser Loisio's counterarguments had clothed a subjective and voluntaristic conception of property — one that allowed for *voluntary* absence, for the desire to alienate title to another, and for the denial of possession to a creditor. His counterarguments had also isolated the key legal questions to be addressed by the court. Yet his opponents still had a strong case. To sway the court to adopt the subjective and voluntaristic side, ser Loisio and his clients employed some heavier artillery. They purchased the services of a Florentine jurist to draw up a *consilium* to be submitted as additional and authoritative argumentation on their behalf (60). The jurist they approached, Buonaccorso di messer Giovanni da Montemagno (ca. 1392-1429), proved to be an excellent choice. As a humanist as well as a jurist, Montemagno was actively involved in discussions of the meaning and use of wealth in Florence at that time. In his dialogue *De nobilitate* he produced a subjective vision of wealth, and in the *consilium* he drafted on commission for Checcha he provided a legal equivalent. Humanistic views of property emphasized its moral dimensions in

---

(60) The text was clearly commissioned « pro parte dicte Checche » (*Consilium*, fols. 410r-v). In other words, it was not requested by the court nor by mutual agreement of the litigants, in either of which cases the judge would have been bound to frame his decision according to the determination of the jurists. On Florentine legal procedure and the place of *consilia* in it, see Robert DAVIDSOHN, *Storia di Firenze*, vol. 4: *I primordi della civiltà fiorentina*, part. 1: *Impulsi interni, influssi esterni e cultura politica*, trans. Eugenio Dupré-Theseider (Florence 1973), pp. 507-508; and MARTINES, *Lawyers and Statecraft*, pp. 91-106, 130-169. On *consilia* themselves, see Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milan 1967), pp. 126-148; Guido ROSSI, *Consilium sapientis iudiciale: Studi e ricerche per la storia del processo romano-canonico* (Milan 1958), pp. 113-238; Mario ASCHERI, « *Consilium sapientis* », *perizia medica e* « *res iudicata* », in *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law* (Rome 1976), pp. 535-579.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

civic and familial contexts. It was a view of property marked by dominative voluntarism. External goods were seen as a medium for displaying one's virtue and nobility (to prove moral as opposed to economic worth) ([61]). On the level of the city, the beauty of its buildings, its size, its control and use of the wealth of an extensive domain revealed the full flowering of its energies. Acquisition and consumption of wealth from the *contado* were presented by Leonardo Bruni as testimony to Florence's inner greatness ([62]). The actual practical expression of this « inner greatness » was, in fact, greatly aided by law. Not only did the law provide the titles of ownership, bills of sale, rental and loan contracts, but it provided the framework for city-country relations in treaties and statutes (themselves formulated, redacted, and interpreted by jurists) ([63]).

In the familial context explored by Alberti, a provident *paterfamilias* had to cultivate the proper virtue to use property properly, at proper times, for the good of the entire family. Wealth, power, and position were only gifts of fortune, and « the things of fortune are ours insofar as fortune permits, and also insofar as we know how to use them » ([64]). Such constantly threatened goods required care and diligence. Even body, soul, and time could be « lost » by unwise use. Only one firm possession governed all the rest (as a wise priest supposedly taught past noble members of the Alberti, including some lawyers) — « nothing is

---

([61]) MARTINES, *Power and Imagination*, p. 217; BARON, *Franciscan Poverty and Civic Wealth*, pp. 19-26; Eugenio GARIN, *L'umanesimo italiano: Filosofia e vita civile nel Rinascimento* (Bari 1952), pp. 54-58.

([62]) Francesca KLEIN, *Considerazioni sull'ideologia della città di Firenze tra Trecento e Quattrocento* (*Giovanni Villani - Leonardo Bruni*), in *Ricerche storiche* 10 (1980), pp. 311-336.

([63]) Cf. Giorgio CHITTOLINI, *Ricerche sull'ordinamento territoriale del dominio fiorentino agli inizi del secolo XV*, in his *La formazione dello stato regionale e le istituzioni del contado: Secoli XIV* e *XV* (Turin 1979), pp. 292-352; MARTINES, *Lawyers*, pp. 220-245; Julius KIRSHNER, *Paolo di Castro on Cives ex Privilegio: A Controversy over the Legal Qualifications for Public Office in Early Fifteenth-Century Florence*, in *Renaissance Studies in Honor of Hans Baron*, ed. Anthony Molho and John A. Tedeschi (Dekalb 1971), pp. 227-264.

([64]) *I libri della famiglia*, p. 216. Cf. BARON, pp. 23-24; Ruggiero ROMANO, *Tra due crisi: L'Italia del Rinascimento* (Turin 1971), pp. 139-150.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

properly ours except a certain will and force of mind » (65). This will could secure the unstable goods of fortune by judicious use of time, money, and written instruments (66). Property was envisioned as inert, indifferent, subject to the will, whose use of property mattered more than possession (67). Time also figured as a quantity to be exploited — as it was in prescription — and not as a shaping quality transforming one's relations with the real (68). Clear possession and title to property were part of this process, the results and tools of prudent management, lest one's family lose the fruits of its labor and investment to someone else (69).

Buonaccorso da Montemagno embraced a similar form of subjectivism by which he stressed inner virtue as the essence of nobility, rather than just birth or wealth (70). In a succession

---

(65) ALBERTI, pp. 204-211.

(66) Ibid., pp. 236-252.

(67) Cf. Giovanni PONTE, *Etica e economia nel terzo libro 'Della Famiglia' di Leon Battista Alberti*, in *Renaissance Studies in Honor of Hans Baron*, ec. Anthony Molho and John A. Tedeschi (Dekalb 1971), pp. 302-303.

(68) GROSSI, *Locatio ad longum tempus*, pp. 143-158, distinghished the transformative *quality* of time in *locatio ad longum tempus* from the indifferent, inert, neutral *quantity* of time in prescription. Cf. Jacques LE GOFF, *Merchant's Time and Church's Time in the Middle Ages* and *Labor Time in the 'Crisis' of the Fourtheenth Century: From Medieval Time to Modern Time*, in his *Time, Work, and Culture in the Middle Ages*, trans. Arthur Goldhammer (Chicago 1980), pp. 29-52; Alberto TENENTI, *Temps et 'ventura' à la Renaissance: Le cas de Venise*, in *Mélanges en l'honneur de Fernand Braudel*, vol. 1: *Histoire économique du monde méditérranéen, 1450-1650* (Paris 1973), pp. 599-610; ROMANO, *Tra due crisi*, pp. 139-142.

(69) ALBERTI, pp. 236-237: « ma in questo caso non so se fusse masserizia fare queste quali dite imprese su terreni altrui, le quali, benché sieno utili alla famiglia e grate ad acquistarsi benivolenza da chi sono le possessioni, pure stimo non troveresti chi poi non richiedesse le possessioni per godersele quando voi con quelle simili spese e opere così l'avesse bene migliorate ... [Giannozzo]. Per questo proprio e per altre cagioni assai io mi comperrei la possessione de' miei danari, che fusse mia, poi e de' figliuoli miei, e così oltre de' nipoti miei, acciò che io con più amore la facessi governare bene e molto coltivare, e acciò che e' miei rimanenti in quella età prendessono frutto delle piante e delle opere quali io vi ponessi ». What was feared here was precisely what happened to Cantini.

(70) MARTINES, *Power and Imagination*, pp. 211-214 (on the nobility theme

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of civic orations, he echoed Bruni's emphasis on Florentine will and virtue behind the city's expanding dominion and reputation (71). Montemagno's *De nobilitate*, fictionally presented as a quasi-legal proceeding, drove a wedge between inner virtue and external wealth, on the level of individual ethics. However, the entire tenor of Montemagno's dialogue does not dismiss the importance of wealth — properly received and used. The balance to be struck between the two competing views of nobility would dismiss ill-gotten wealth, or excessive wealth; but claims to nobility would not have been recognized without some degree of wealth and birth (72). One needed not an overabundance of property but a « mezzana masserizia » (to cite the Italian version) suited to one's needs (73). Wealth made possible the time for pursuit and display of virtue. This property might then be lost to fortune, but virtue could not; and virtue had a thousand ways to reacquire the conveniences of life (74). It would acquire these conveniences by moral and legal means. As in Alberti's scheme,

---

in humanist writings); BARON, pp. 25 n. 1, 22 n. 2, and his important *The Crisis of the Early Italian Renaissance* (Princeton 1966), pp. 420-421, 557 n. 22.

(71) Donald WEINSTEIN, *The Myth of Florence*, in *Florentine Studies: Politics and Society in Renaissance Florence*, ed. Nicolai Rubinstein (Evanston 1968), pp. 36-37.

(72) The humanist dialogue, especially one placed in an historical setting (as was Montemagno's), could pose traditional views against counterarguments while keeping the issues insulated from adverse reaction in the present. The author could disavow full identification with any one of his speakers. The tendency in interpreting Montemagno's *De nobilitate*, however, has been to identify him fully with the second speaker who defends virtue. But the symmetrical presentation of arguments and the failure to offer a firm resolution should warn one away from locating full truth in only one position. The strongest claim to nobility, after all, would still be one that contained reference to birth and wealth, as well as virtue. Cf. David MARSH, *The Quattrocento Dialogue: Classical Tradition and Humanist Innovation* (Cambridge, Mass. 1980), pp. 37, 38-49.

(73) *De nobilitate*, in *Prosatori latini del Quattrocento*, ed. Eugenio Garin (Milan 1952; reprint ed., Turin 1976), 2, pp. 142-165 (the second half of the dialogue). The entire work is in *Prose e rime de' due Buonaccorsi da Montemagno*, ed. G. Casotti (Florence 1718). Alberti's similar conclusions about the moderate amount of wealth needed for a family are discussed by Ponte, pp. 294-295.

(74) *Ibid.*, pp. 164-165.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

so too in Montemagno's, wealth and time became quantities in the service of the qualities of noble virtue (75).

In his *consilium* on Checcha's behalf, Montemagno moved beyond the rhetorical and theoretical elaboration of this civic humanist view of wealth to participate in its practical expression. Montemagno signed and sealed his opinion on 16 January 1426 (76). In it he treated the questions more or less in the order presented to him, but the first problem, prescription, drew much more of his attention. This first problem was, in fact, two problems: Had the property been prescribed by Zanobi di Ceccho, such that Domenico had not gained ownership as his grandmother's heir? And had it been prescribed by Cantini against Domenico, even in view of the latter's absence from Florence?

Montemagno pointed out that Zanobi had been present at the arbitration of 1358, so he knew of it and could not have pleaded ignorance (77). It followed that « if Zanobi wanted in life to prescribe against the debt set up in the arbitration, he would always have been in bad faith, since he is presumed to have known of the debt » (78). This much was clear. The problem was whether prescription in bad faith of a personal obligation was allowable. Bartolus of Sassoferrato (d. 1357) had argued that it was. As he had seen it, possession was not required in prescription of obligations so neither was good faith. Prescription of obligations arose from the negligence of the one party, not the good faith of the other. Having linked good faith and possession, Bartolus had concluded that canon law's requirement of good faith did not carry over to civil law (79).

---

(75) *Ibid.*, p. 164: « Quid enim beatius est in rebus humanis quam tranquillissima iocunditate, virtute ac moribus aetatem agere? ».

(76) Information on Montemagno and the other jurists is in MARTINES, *Lawyers*, pp. 499-501. The date is given by Montemagno himself, *Consilium*, fol. 413v.

(77) *Consilium*, fol. 410v. Indeed « facti proprii non est tolerabilis ignorantia ».

(78) *Ibid.*

(79) Bartolus, to D. 41. 3. 4, 26 (27), *Sequitur* § *si viam*, *De usucapionibus et usurpationibus*, in *Opera omnia*, 10 vols. (Venice 1570), vol. 5, fols. 99-ra-rb: « ... sed illa est vera ratio, quaedam est praescriptio, quae causatur ex possessione praescribentis, et tunc requiritur bona fides in praescriptione lon. temp. quaedam est praescriptio, quae causatur ex negligentia alterius, sine aliqua possessione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Montemagno, however, intent on denying prescription to Zanobi di Ceccho, noted that canonists « commonly », Giovanni d'Andrea (d. 1348) specifically, argued the opposite (80). What was contrary to good faith was sin, and the law should not be soft on sin (81). At the heart of the disagreement between Bartolus and Giovanni d'Andrea lay differing perspectives. As defined by d'Andrea, prescription was « a right arising from time, embodying the authority of laws, bringing punishment to the negligent, and putting an end to disputes » (82). Civil law might not require good faith « because civil law intends for its ultimate end to conserve civil society, to which end punishment of negligence and termination of disputes is necessary, therefore it must intend to punish the negligent and put an end to disputes rather than to correct or remove the iniquity of the prescribing party, for to it belongs the equity of this double end [punishing negligence and ending disputes] rather than the correction of the iniquity of the prescribing party. From all of which it appears immediately why in prescription in bad faith canon law disagrees with civil law » (83).

---

praescribentis, ut in servitute viae, quae perditur non utendo, tunc non requiritur bona fides praescribentis ... Et per hoc consuevi multum dubitare. Nos habemus Decretalem, quae dicit quod malae fidei possessor ullo tempore non praescribit, ut extra eo. c. fin. et de reg. iu. in c. possessor lib. vi. Modo quaero utrum l. sicut et l. cum notissimi C. de prescr. XXX an. que dicunt quod tollitur actio spatio XXX an. hodie sint correctae et dico quod ille d.c. possessor malae fidei etc. non corriguntur, quia in prescriptionem actionibus personalibus non requiritur possessio. ideo non requiritur bona fides, ut hic, et ex parte mea non est possessio sed praescribo per tuam negligentiam: vel potius tu perdis, quam ego praescribam ».

(80) *Consilium*, fols. 410v-411r. Cf. VILAIN, pp. 171-174; CUYAS, pp. 93-139, 194-226.

(81) JOANNES ANDREAE, to. VI. [5. 13]. 2, *Malae fidei possessor, De regulis iuris, Novella in titu. de regulis iuris* (1536), fol. 134rb: « Possessor non praescribit, ratio secundum Inno. quia peccat et ex eo meretur penam ».

(82) *Ibid.*, fol. 136rb: « Prescriptio est ius quoddam ex tempore congruens legum autoritate uni capiens penam negligentibus inferrens et finem litibus imponens ». As such it was a matter of natural law to him, contrary to the opinions of some other canonists: *ibid.*, fols. 136vb-137vb.

(83) *Ibid.*, fols. 139-ra-rb: « Hoc autem non facit quia ius civile cum intendat pro ultimo fine conservare civilem societatem cui fini maxime deservit negli-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Canon law, in other words, directed its attention to the subjective state of the *praescribens* rather than to the objective condition of social relations. It was concerned not with a procedural remedy for disputes but with the acquisition of *dominium* (84). Acquisition of *dominium* meant the subjection of something to a human will (85), and in prescription this acquisition was seen to proceed with the tacit consent of the former owner (86).

Montemagno came down firmly on the side of the canonists, citing the important authoritative support of Baldus de Ubaldis (1327-1400), who was both a civilian and a canonist (87). He

---

gentia punitio et litium terminatio idcirco magis debet intendere ad hoc ut negligentes puniat et finem litibus imponat quam ut iniquitatem prescribentis corrigat vel removeat nam magis ad ipsum spectat illius duplicis finis equitas prosequenda quam ipsi prescribentis iniquitas corrigenda, ex quibus omnibus apparet immediate quare in prescriptione male fidei ius can. a iure civili discordat ». This passage corresponds with his earlier assertion, fol. 135va, that « inquantum prescriptio respicit odium negligentis inducta fuit a iur. civili sed inquantum respicit prescribentem fuit permissa non inducta ».

Also ANTONIO DA BUTRIO, to X. 2. 26. 20, *Quoniam omne*, ed. cit., fol. 115vb: « Dicit gl. quod lex civilis habuit respectum ad finem publicum conservandum, et canonica ad finem Dei: unde in eventu prescriptionis approbavit lex rationes que tendebant in finem suum: nam equum erat negligentiam punire contra publicam utilitatem, ex qua dubia remanebant in incerto, et lites continuabantur: sed lex canonica non tantum curavit de fine publico quantum et de anima: ideo cum aperto peccato non permisit prescriptiones: et peccatum non excusat negligentia non petentis. Per quae dicit, quod in utroque foro standum est legi canonice et non civili ». Also HOSTIENSIS, to. X. 2. 26, *Aurea summa* (Venica 1605), col. 706. In a similar vein, because it was not directed against the *dominus* and not contrary to *equitas*, the *actio publiciana* did not require *bona fides* according to many medieval jurists (cf. Robert FEENSTRA, *Action publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du moyen age*, in *Fata iuris romani: Etudes d'histoire de droit* [Leyden 1974], pp. 135-136).

(84) JOANNES ANDREAE, to. VI. [5. 13]. 2 ed. cit., fols. 135va-136va, 140ra-vb.

(85) *Ibid.*, fol. 140vb: « homo non est dominus rerum exteriorum nisi pro quanto possunt venire ad suum usum et utilitatem hominis secundum ipsius arbitrium et voluntatem nunquam possunt cadere sub eius dominio sicut patet de corporibus celestis ».

(86) *Ibid.*, fol. 141ra: « Tertia ratio ad idem est talis quia ille qui tacuit tanto tempore presumitur consentire ».

(87) In fact, in two of the commentaries cited by Montemagno, Baldus did not go as far as Giovanni d'Andrea had. BALDUS, to C. 3. 34. 1, *Si quas actiones, De servitutibus et de aqua*, in *In primos libros codicis commentaria* (Lyon 1546),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reproduced Baldus' argument that, if good faith was required for prescription with possession, so much the more should it be required when possession was not (88). He leaned heavily on Baldus' point that an obligation rested on a promise, itself a matter of good faith, so that good faith was more to be expected from a promissor than from a possessor (89). On the other hand, Montegmagno made absolutely no reference to negligence on the part of his client and suppressed any mention of jurisprudential support for Bartolus' view (90).

---

fols. 193vb-194ra, which dealt with rustic and urban praedial servitudes, and another commentary on fiefs, to § *siquis per triginta, Si de feudo fuerit controversia inter dominum et agnatum vasalli*, in *Super feudis restauratum commentum* (Pavia 1495), fol. 49vb: « Tamen in foro iustiniani vera est opi. Bar. quia ius commune et statutum et consuetudo possunt statuere quod malefi. possessor prescribat non favore prescribentis sed odio negligentis ... et est ista potius quedam pena legalis quam prescriptio ».

In his commentary (not cited by Montemagno), to X. 2. 26. 20, *Quoniam omne, Super decretalibus* (1543), fol. 227va, Baldus equivocated on the issue: « Quero numquid hec decre. servetur in foro seculari. dicit Bar. quod non et verum est quod de facto non servatur. sed cum sit equum et salutare debet servari vide in c. iii de reg. iur. lib. vi ».

(88) *Consilium*, fol. 411r. BALDUS, to **C.* 4. 32. 16, Auth. *Ad haec, De usuris*, in *In quartum et quintum codicis libros commentaria* (Venice 1577), fol. 92rb: « ideo questio prescribentis non procedit de iure canonico in debitore sciente se teneri, ut ext. de prescr. c. quoniam omne. Bar. tamen alias dicebat, quod illud cap. non loquebatur in prescriptione actionis, sed in prescriptione possessionis et dominii: quia ubi non requiritur bona fides, que est facti, ut ff. de acqu. re. do. l. bonae fidei. sed non dicebat verum, quia fortius obligat fides promissionis quam sola pos. ut insti. de ac. § i. sicut ergo obligatus ex possessione non prescribit mala fide: quoniam quod non est ex fide, peccatum est ... ».

(89) *Ibid.*: « Item alia ratio videtur multum vigore, nam fortius debet astringere bona fide promissoris quam bona fides possessoris, quia nichil tam naturale est quam ea que placuerit inter contrahentes servare ». He also added a reference to ANGELUS DE UBALDIS, to D. 41. 3. 4, 26 (27), *In primam digesti novi commentaria* (1580), fols. 31vb-32ra: « nec credo eum [Bartolum] verum dixisse de iure civili. nam illa decretalis emanavit solum ad enervationem peccati, constat enim peccare, et in peccato nutriri omnem illum qui se tuetur iniquo praesidio praescrip. ... Dixi enim et dico arbitramentum non esse iniquum si de mala fide praescribentis doceri potest: alias secus: cum praescriptio tam iure civili quam canonica sit inducta ».

(90) Such as the partial support of ANTONIO DE BUTRIO, to X. 2. 26. 20, ed. cit., fol. 115vb: « in prescriptionibus que currunt ex terminis residentibus in per-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Having assembled sufficient authorities to conclude that good faith was required in prescription of personal obligations, Montemagno produced the « liquida responsio » that Zanobi di Ceccho could in no way have prescribed the obligation to his mother; he would have been in bad faith. So the property remained in the mother's name and passed from her to her grandson and heir, Domenico.

The second part of the first question involved Domenico's absence. Here Montemagno had to interpret the Florentine statute. This statute did not allow prescription against *absentes*. The problem was whether it meant only those absent for a necessary reason. By referring to a prominent rule of statute interpretation — that a statute should be construed so that it least deviated from or corrected *ius commune* — it would seem that only necessary absence should be allowed, because *ius commune* did not exempt any *absentes* from prescription (91). Ser Davanzato had implicitly so argued, and he may have had interpretive precedents on his side (92). Montemagno, however, mounted an internal literalistic argument: The statute referred indistinctly to absents in the plural, all of whom — necessary or voluntary — faced prescription in « common law ». Thus all were accorded the protection of this statute. Montemagno further argued that, according to the rules of statute interpretation enunciated by

---

sona querentis ex prescriptione, ut in prescriptionibus que exigunt possessionem ... quia cum tunc querat cum annexione peccati, non prescribit de iure canonico: quod servandum est in foro civili: et hoc planum secundum omnes. Ubi autem non exigitur possessio ex parte prescribentis, nec titulus sed prescriptio currit ex causa residente et concernente solam personam contra quam prescribitur: tunc dicit Inn. quod tunc prescribit: quia hoc cautum non est ex se acquirere: quia ille perdit ex negligentia sua, ut in personalibus obligationibus ad prescribendam libertatem contro eas, vel in prescriptione libertatis adversus servitutem rusticam ».

(91) An *absens* here would be « qui nullum habet domicilium vel habet plura » (JOANNES ANDREAE, to VI. [5. 13]. 2, ed. cit., fol. 134va).

(92) At least the observation of BENCIVENNI (BNF, Principale II, iv, 435, fol. 54v) « non prescribitur contra hereditatem iacentem quia mortuus presummitur absens ex causa necessaria et probabili » seems to indicate that he agreed with ser Davanzato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Baldus (93), a statute that « corrected » *ius commune* or went beyond it was to be interpreted not according to *ius commune* but « simply just as it reads ». Thus, he concluded, Domenico's voluntary absence could not count toward prescription (94). As a result there had not been sufficient time for prescription.

Montemagno did not rest content with these arguments. He also erected an argument against Cantini's claim. Cantini had held the house as a security (*hypotheca*) for the dowry debt. According to Roman law, such a security involved neither transfer of title nor possession but merely a right of detention. The holder could not possess the property as an owner; he could only count the proceeds against the debt. The debtor's interest in the property was protected (95). So Cantini had not, legally speaking, had possession, which was necessary for prescription. Also, as Baldus had pointed out, an *hypotheca* was never sufficient for prescription (96). Finally, it could not be claimed that Cantini held the security « pro suo », because it clearly belonged to another. « So those general words ' he held and possessed for his own and as his own etc. ' do not display an *attitude* for prescribing as his own but denote that he possessed them as if they were his and not another's » (97). The witnesses' descriptions of his treatment of the house were entirely subordinate to the nature of the legal *causa* by which he had entered into it. And this *causa* was insufficiently subjective for him to have the « attitude » of an owner.

The remaining problems for Montemagno were largely procedural, though they were technically important. Suffice it to say that he declared that all testimony submitted to the court in the procedure aborted by the invalidity of Checcha's emancipa-

---

(93) BALDUS, to C. 9. 9. 27 (28), *Ita nobis, De lege iulia de adulteriis*, in *In vii, viii, ix, x, et xi codicis commentaria* (Venice 1577), fol. 221ra. On these rules see the excellent work of Mario SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto: Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale* (Milan 1969), pp. 429-438.

(94) *Consilium*, fol. 412r.

(95) Cf. BUCKLAND and MCNAIR, pp. 314-319.

(96) BALDUS, to C. 4. 29. 5, *Si sine, Ad velleianum*, ed. cit., fol. 77va.

(97) *Consilium*, fol. 412v.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tion would carry over to another procedure on the same issues between the same parties. In a similar vein, should Antonia subsequently alienate the property, fraudulently or otherwise, the entire proceedings could be entered in evidence against the third party (98). Finally, Montemagno pointed out that the debt had been satisfied; Cantini's *hypotheca* had been extinguished and the property could no longer be held by Antonia (99).

Montemagno's juristic reasoning was not allowed to stand alone. Whether by his suggestion or by desire of the Fraschi party, Montemagno's *consilium* was submitted to other important jurists for their comment and signature. So, less than a month after Montemagno signed the document, on 13 February 1426, Nello da San Gimignano (b. 1373), perhaps the foremost legal mind in Florence, added his signature. And the very next day Giovanni di Girolamo Buongirolami (1381-1454) also signed (100). These two, however, added little to the arguments advanced by Montemagno. They affirmed the simple legal point that as holder of a *hypotheca* Cantini merely had detention of the house, not the possession of it needed for prescription. But they declined to comment on the more subjective elements of Montemagno's work — the arguments about good faith and voluntary absence.

On 15 March a fourth jurist, a canonist, Guasparre del maestro Lodovico Accorambuoni (b. 1381), made a substantial contribution to the document. He addressed the good faith issue shied away from by San Gimignano and Buongirolami. Accorambuoni rehashed and quickly dismissed Bartolus' argument with the observation that « the creditor's negligence does not cleanse the debtor's bad conscience ». And the statute of Florence could not be presumed to have permitted prescriptions with sin, only those in good faith. Accorambuoni also agreed with Montemagno's interpretation of the statute regarding absence, though for different reasons. He claimed it did not matter if absence was ne-

---

(98) *Ibid.*, fols. 412v-413r.

(99) *Ibid.*, fols. 413r-v. This point had to be made because a debtor like Fraschi could not claim a prescription against the obligation to Cantini: *Glossa ordinaria*, to C. 7. 39. 3, *Sicut*, *De praescriptionibus* (Lyons 1612), col. 1676.

(100) *Consilium*, fol. 413v.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cessary or voluntary; the statute protected *absentes* from prescription because of the inconveniences of distance, which applied to all *absentes*. If those necessarily absent could easily contest prescription through an agent, but were protected by statute, then so too must those voluntarily absent. As a final flourish in the margin of his opinion, he hinted that Cantini may have been guilty of usury by indistinctly appropriating all proceeds from the property beyond the principal of the debt ([101]).

Accorambuoni's opinion, in turn, was endorsed by a fifth jurist, the civilian Michele di Santi Accolti (fl. 1415). Accolti also expressly agreed that bad faith prescription was not legal. The passage of time not only did not exonerate one in bad faith from sin, it made the sin worse ([102]). Thus these last two jurists reconfirmed and strengthened the set of arguments on bad faith and voluntary absence.

IV. *Outcome.*

What began as as conflict of interests and perceptions between litigants was treated by the five lawyers as a conflict between legal norms. The dispute between Fraschi and Cantini was refracted through the law into a special set of words. These words, however, were simply another instrument in the dispute (though a powerful weapon, it would appear). The real resolution occurred outside the court, though not outside the law and not without the influence of the judicial process.

In anticipation of reopening proceedings, on 7 March 1426 — eight days before Accorambuoni signed his opinion — Domenico Fraschi once again emancipated his daughter. This time the emancipation was properly registered ([103]). With a valid emancipation and its accompanying alienation of title to Checcha, and

---

([101]) *Ibid.*, fol. 414r.

([102]) *Ibid.*, fol. 414v.

([103]) ASF, Notarile antecosimiano G212, fol. 236v: registered in *Notificazioni di atti di emancipazione* 1, fol. 63v (10 March) and in Mercanzia 10820 *bis* fol. 111v (12 March).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

with a *consilium* in his favor endorsed by five jurists, Fraschi was then in a position to pursue his case in earnest.

In fact he pursued it on two fronts. He won the house — at least it appeared among his possessions in his *catasto* declaration in 1427. But he also won a judgment against Cantini's widow in the Arte of Por Santa Maria for 150 florins — an asset he listed right after the house. The judgment in this separate but related action amounted approximately to the possibly usurious surplus Cantini and his wife had realized over the original 350 florin debt during their detention of the house (104).

Antonia left the house alongside the cathedral in 1427, for it was rented that year to ser Buonaccorso di Piero. She had lost the house and faced the 150 florin judgment in Fraschi's favor, but she had whatever was left of her husband's estate and her dowry. On 2 May, however, mona Antonia sold her dowry right to Piero di Jacopo Martini, who had stood surety on her dowry. Although the dowry was 650 florins, she sold it to Piero for 416 florins — the amount Antonia said was still owed her. This dowry had been secured against Cantini's property after his death, and, as the *consilium* reveals, the contested house had been part of the secured property. Antonia's desire to turn her dowry right into cash is not surprising, but what happened to her dowry right is. On 14 January 1427, seven months later, Domenico Fraschi bought her dowry from Martini, reimbursing him all 416 florins, plus 26 more to cover the *ius petendi fructus* (105). Then on 16 January, « wanting to recognize the good faith » (an interesting phrase) of his daughter, who allegedly had provided him with the 442 florins paid to Martini, Fraschi deeded it over to her (106).

---

(104) At the statutory 5% for « dampnis, expensis, et interesse » and the rest calculated against the principal, using the 22 florin rent on the house in 1427 as the revenue, the debt was paid off in 1420 and the subsequent earnings amounted to about 142 florins. Cf. Fraschi's *catasto* report, ASF, Catasto 79, fol. 422r, in the Appendix.

(105) Notarile G212, fols. 269v-270v.

(106) Ibid., fol. 270v. On 13 March ser Loisio « substituted » Domenico as Checca's *procurator* (ibid., fol. 278r). His stepping aside would seem to indicate that by that date the house had actually been reacquired. Moreover, by stepp-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

This purchase of Antonia's dowry by Fraschi, through Martini, presents a perplexing finish to the legal interaction between them. There seems to be more here than meets the eye. It is, for example, curious that Fraschi held one debt from the Medici for precisely 442 florins, even though the purchase supposedly had been made with his daughter's money ([107]). Even more curious was the role of Martini in the transaction. His *catasto* declaration reveals that he owed Fraschi (from his daughter supposedly) 150 florins to cover a debt of a Matteo di Domenico ([108]). This Matteo had been Antonia's *procurator* when she established her dowry claim on her deceased husband's property in 1424. The 26 florins for *fructus* in the sale may only have been part of this loan. But it is also possible that the loan was in addition to the 442 florin purchase price.

What was this transaction for and how did it relate to the legal process? The interests of Martini are not hard to fathom. He got a loan and was released from any further obligation on the dowry. Matteo di Domenico too had had an obligation covered. So the two men associated with Antonia's interests extricated themselves, and with some profit ([109]). Antonia, of course, appears to have recovered most of her dowry. And, if the entire two-part transaction had been carefully negotiated in advance, she turned over her husband's property and any rights to the house Fraschi claimed without having to deal directly with her old adversary.

---

ing aside he allowed Domenico to reacquire some control over property in Checcha's name.

([107]) ASF, Catasto 79, fol. 422r. It is also interesting that Fraschi was recorded in the *gonfalone* of Drago in the quarter of San Giovanni, where the house was, rather than Santo Spirito where he continued to reside.

([108]) Ibid., fol. 341r: « Domenicho di Zanobi, detto Frascha, f. cientocinquanta chome ciessonale della figliuola, per uno debito da qui dirimpetto di Matteo di Domenicho e compagni ». Neither Fraschi nor Tani declared this asset.

([109]) Matteo di Domenico's debts to Martini came to 123 florins, and with the 26 from the sale, amounted to 149 — only one less the nominal value of the loan from Fraschi. Martini stood 150th in wealth among Florentines of the San Giovanni quarter, though his net assets of 2286 florins would have put him higher in rank in any other quarter (cf. MARTINES, *Social World*, p. 372).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

What is much less clear is what Fraschi gained by purchasing this dowry, beyond the assurance it would not be used to take his house away from him. Of all the assets listed by Fraschi and Tani (since the purchase was in Checcha's name) none, and no obvious combination of them, was worth exactly 416 florins, or 442, or carried an income of 26 florins. Fraschi did have a large *Monte* credit with a discounted value of 452 florins that was enrolled in the San Giovanni quarter and may have come from Cantini's widow. He also had a large *podere* he claimed to have bought; and, although its value was much more than 442 florins, it cannot be ruled out that he paid less than full value. It is also entirely possible that Fraschi liquidated any assets and used the proceeds to purchase other holdings or even to diminish his debts. In sum, the purchase of the dowry from Cantini's widow, which may even have resulted in the acquisition of assets of greater or lesser value than the purchase price, operated as a nice compromise that could finally bring an end to the dispute. This particular outcome would not have been the same without the entire legal process, including the efforts of the five jurists, but a few finishing touches remained to the parties themselves. They had to reconcile themselves and adjust to the results of the legal process.

V. *Conclusions: Property in Quattrocento Florence.*

The dispute had isolated and made visible areas of indeterminacy in the complex of norms governing prescription of property. The norms operated at an intermediate level, linking the particular interests of the ligitants to the wider conceptual level of notions of ownership behind prescription ([110]). The jurists linked these levels by professional means, in conformity with the most noted authorities and the best opinions of law. Cor-

---

([110]) On this sense of norms, Sally FALK MOORE, *Law as Process* (London 1978); John L. COMAROFF and Simon ROBERTS, *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context* (Chicago 1981); Francis G. SNYDER, *Anthropology, Dispute Processes and Law: A Critical Introduction*, in *British Journal of Law and Society* 8 (1981-82), pp. 141-180.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

roboration by five jurists added persuasive weight to the legal findings ([111]).

In the context of the dispute, the jurists offered determinateness and certainty. Constrained to a degree by rules and procedures, and above all by the needs of the court and the litigants for a resolution to an actual conflict, the jurists were not free to engage in academic speculation ([112]). Nevertheless, by establishing the need for good faith, the admissability of voluntary absence, and the power of title as against mere detention, they were able to conclude that Fraschi owned the property. In doing so they put forth a subjective conception of ownership — a conception of ownership in which the expansive and dominating will of the *dominus* over his *res* excluded any rights over the same *res* vested in others. The actual situation of use did not matter. Despite all the « factual » evidence of Cantini's « ownership », the jurists supported Fraschi's title.

That such a subjective view would prevail in court cannot be seen as a foregone conclusion. There was a great weight of authority against a subjective view. Even the voluntarism of the Franciscans left no real imprint on conservative, traditionalistic medieval law with its objective view of « real situations ». Facts of use continued to matter ([113]). Statutory law would also seem to have favored prescription to punish a proprietor who had neglected his property for thirty-eight years. Prescription in such a case would serve the *bonum publicum* and put an end to the suit. The very admission by the same statute of both prescription and *locatio ad longum tempus* would argue that the statute might have justifiably been interpreted in an objective sense. Moreover, prescription had indeed been allowed by jurists in

---

([111]) Cf. Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milan 1967), pp. 139-143.

([112]) Their situation, then, parallels that noted by GROSSI (*Locatio ad longum tempus*, pp. 295-296) about construing long-term rentals in actual cases.

([113]) *Ibid.*, pp. 289, 304-305, 340. Similarly, Julius KIRSHNER, *Reading Bernardino's Sermon on the Public Debt*, pp. 563-564, points out that an antivoluntarist current ran through the writings of some Franciscan critics of usurious practices, including San Bernardino of Siena. A thoroughgoing voluntarism regarding property was certainly not completely in place in the fifteenth century.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

other cases. If these other cases did not involve *hypoteca* and voluntary absence, they nonetheless established a certain willingness in Florentine jurisprudence to accede to the « facts » (114). Finally, and above all, the uncontested facts of use and time militated in Cantini's favor.

There simply was no single triumphant view of property in the universe of discourse of the early Quattrocento. The bonds between individual virtue and legal title had not been conceptually forged into a coherent vision. A considerable gap remained to be conceptually bridged between the quasi-ascetic virtue advocated by Montemagno and Alberti and the possession of external wealth. Competing legal definitions of ownership left unclear the connection between the legal order and individual ownership and needs (115). There was not yet the sort of essential connection between an individual and his property that would mark the « possessive individualism » of later law and philosophy. Subjective dimensions of the *consilium's* arguments, therefore, required reinforcement from some of the jurists who followed Montemagno. Purchase of Antonia's dowry right by Fraschi was also a prudent precaution in this situation.

Within the *consilium* itself, however, we find a subjective vision of property wedded to the legal notion of title. By the *consilium's* account, time could be used by a provident owner to secure his livelihood; property could be used to dower a daughter or as collateral for a debt; and bad faith actions or other blows of misfortune were blunted by the armor of the law shielding the bones of the proprietor. As the jurists' *consilium* reveals, there were also elements of law in Fraschi's favor. *Dominium directum*, as *proprietas*, inhered too deeply in a person to be easily lost to others (116). *Dominium* also implied the right to enjoy and dispose

---

(114) As BNF, Panciatichiano 139, fol. 290r.

(115) WILLOWEIT, pp. 144-147, 153-154, provides an interesting discussion of the divergent views of Bartolus and Baldus on the meaning and nature of *dominium*, or *dominium* and *proprietas*, and the distance of each from the modern sense of ownership as « freie Verfügung und Ausschluss Dritter ».

(116) As BALDUS, *repetitio* to D. 28. 2. 11, *In suis, De liberis et posthumis*, in *In prima et secunda infortiati commentaria* (Venice 1577), fols. 53vb-54ra:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of a thing ([117]), to « use and abuse », which Fraschi did by seeing his house pledged as a security and then neglecting it for so long. The arguments presented in favor of Fraschi turned crucially around these senses of *dominium*, contrasted to the mere detention attributable to Cantini. In a manner similar to the Franciscan notion of use, Cantini's « possession » issued in no legal effects or prerogatives regarding ownership. Detention was reducible essentially to economic value alone (note how Cantini's claims boiled down to a calculation of monetary value) ([118]).

Conceptions of forms of use or holding of property that did not lead to *dominium* were familiar enough to Florentine jurists and surfaced elsewhere in their work ([119]). Such distinctions is-

---

« dominium appellatur proprietas, et proprie proprium est illud, quod eadem consideratione non convenit pluribus, sed uni ... non solum enim effectus, sed prima causa hoc ostendunt, quod impossibilis est pluralitas plurium personarum ad idem dominium concurrentium ». Cf. BELLOMO, *Problemi di diritto familiare nell'età dei comuni: Beni paterni e « pars filii »* (Milan 1968), p. 9.

([117]) This sense of ownership is most prominently associated with Bartolus, though it shared certain features with earlier definitions of *dominium* (cf. WILLOWEIT, pp. 142-146). WILLOWEIT, pp. 148-150, points to the fifteenth century as the era in which « diese geläufige Vorstellung des *libere disponendi* zu einem generallen Merkmal des Eigentums erklärt », notably with the use of the phrase « uti et abuti » in jurisprudential analyses.

([118]) Again parallels exist in the more voluntaristic treatments of usury in the sale of shares in the public debt. These treatments argued that only the use of a share was sold, not ownership, and, therefore, no usury was involved. Cf. KIRSHNER, *Reading Bernardino's Sermon*, pp. 587-588.

([119]) Cf. Manlio BELLOMO, *Problemi di diritto familiare*, p. 19 n. 25. GROSSI, « *Usus facti* », pp. 319-321, discusses the equivocal use of *habere* in Franciscan literature and, pp. 337-339, their univocal treatment of the polyvalent term *usus*. He notes that they conceived of *usus*, and a corresponding sense of *habere*, as purely mechanical and economic — one image of which was a horse « using » the oats he eats. Antonio Roselli (1381-1466), a Florentine lawyer, used a similar image in arguing that an emancipated son did not own his father's property, even though he lived with his father (cf. KUEHN, *Emancipation*, pp. 126, 221 n. 12). Similarly, Torello Torelli (fl. 1400), Bartolomeo Popoleschi (d. 1412), and Filippo Corsini (1334-1421) argued for Giovanni di Bicci de' Medici that his residence with his mother did not imply that he owned or even possessed the house that was in her name. At best only *tenere* could be predicated of such a *habitator*, and « tenere astractum est a iure et merum factum significat etiam nullo iuris adminiculo subsistente. Hinc est quod asinus tenet sellas [precisely Rosselli's image] et servus qui iuris incapax est proprie tenet ». And even *tenere*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sued in the firm denial that an objective state of affairs could *of itself* produce justiciable claims to *dominium*, even after a long time. Thus Cantini could not effectively alienate the property to a third party, as Montemagno affirmed at the end of his opinion. Alienation was a manifestation of (subjective) ownership; it was through alienation that Fraschi had asserted his title. He could even voluntarily leave his property. Whereas Cantini, as mere detainer, was denied any ownerly « attitude » with regard to the property, so any excessive or unauthorized use verged on usury and alienation on fraud.

In this conflict between norms and litigants, the political and ideological dimensions of the consilium cannot be ignored. The *consilium* was inextricably linked to the context in which it was situated, although it is not deducible from, nor reducible to, that context. Yet, within its context the *consilium* and the arguments and actions of the litigants assuredly occupied a political space. It constituted a creative moment in legal and social practice (120). It forged a connection between a complex of legal norms, on the one band, and a range of ideological and practical interest, on the other — all the while appearing to be formally consistent and rational (121). It spoke to the needs of proprietors like Fraschi pursuing patrimonial strategies in Quattrocento Florence.

---

was denied in this case, for Giovanni was not in the house by any right (as would be true in his father's house) but merely « ex quadam patientia vel confidentia familiari » (cf. Phillips MS 8889, fols. 234r-236v).

(120) LOMBARDI, pp. 144-146. This creativity should be contrasted to the views of those legal historian who see the fifteenth century, especially its consiliar activity, as evidence of rigidity, and stasis in the law: Manlio BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell'età moderna*, 3rd ed. (Catania 1982), pp. 479-480; SBRICCOLI, p. 461; Francesco CALASSO, *Medio evo del diritto* (Milan 1954), pp. 592-593, 597. In contrast, humanism is seen as the vital intellectual force of the fifteenth century: Domenico MAFFEI, *La donazione di Costantino nei giuristi medievali* (Milan 1964), pp. 290-296; Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen 1952), pp. 38-45. In contrast, LOMBARDI, pp. 119-121.

(121) SBRICCOLI, p. 3-11, 462-465. Also Colin SUMNER, *Reading Ideologies: An Investigation into the Marxist Theory of Ideology and Law* (London 1979), and with specific reference to property, Bernard EDELMAN, *Ownership of the Image: Elements for a Marxist Theory of Law*, trans. Elizabeth Kingdom (London 1979).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In a large sense, a family was constituted by the passage of the patrimony through the generations. The patrimony was the family's capital, its means of production of social values and of reproduction of itself. The family house especially (and the family was equated with and termed *casa*) was a visible sign of family honor ([122]). Legislation and jurisprudence were supposed to aid in the preservation of family property ([123]). While the law might grant a jurist discretion to deal creatively with legal problems, to a lawyer like Francesco Guicciardini that still meant « it does not empower him to give away other people's property » ([124]). Montemagno, of course, had to determine precisely whose property the house was, but his response spoke with clear meaning to certain types of owners. It spoke to the international merchant who needed to be away « voluntarily » on business ([125]). It spoke to the proprietor who might have to use revenue-producing property to secure and/or satisfy a debt. At the very moment when the catasto was being debated and the death penalty was proposed for tax delinquency, in a difficult economic climate where debts were mounting, and in the wake of the *Monte delle doti* and concerns for putting together and securing dowries,

---

([122]) On these themes, MARTINES, *Social World*, pp. 18-39; KENT, *Household and Lineage*, pp. 121-163; Christian BEC, *Les marchands écrivains: Affaires et humanisme à Florence, 1375-1434* (Paris 1967), pp. 50-63; and the important article of David HERLIHY, *The Distribution of Wealth in a Renaissance Community: Florence 1427*, in *Towns in Societies: Essays in Economic History and Historical Sociology*, ed. Philip Abrams and E. A. Wrigley (Cambridge 1978), pp. 131-157.

([123]) As Alberico da Rosciate to the effect that a statute was erected for the common good « ut subditi conservent eorum res immobiles » and for public utility « ut familiarum dignitas et memoria conservetur, quae conservatur per divitias et per inopiam minuitur » (cited in Mario SBRICCOLI, *Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen Age*, in *Archives de philosophie du droit* 17 [1972], p. 109). The Florentine catasto, therefore, exempted family dwellings: David HERLIHY, *Family and Property in Renaissance Florence*, in *The Medieval City*, ed. Harry A. Miskimin, David Herlihy, and A. L. Udovitch (Hew Haven 1977), pp. 3-24, esp. p. 5. There was also the old distinction in civil law between rustic and urban praedial servitudes, the latter of which was associated with houses (and for prescription of which good faith was required): BALDUS, to C. 3, 34, 1, ed. cit., fol. 193vb.

([124]) GUICCIARDINI, *Maxims and Reflections*, p. 113.

([125]) Cf. WILLOWEIT, p. 155.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the ideas contained in the *consilium* could assure Florentines who had to place property under *hypotheca* to meet their obligations that they would not lose their titles. They could trust that legal notions of title and the city's statutes would carry more weight with jurists than the activities of a creditor and the testimony of neighbors (126). Knowing that their titles were protected, even from their own negligence (within broad limits of time), Florentines may have been encouraged to pledge their property so as to assemble dowries, invest in the public debt, and undertake business ventures. At the same time, they were assured of the necessity of fulfilling obligations.

This ideology embedded in the *consilium* tended to preserve the power and wealth of the more substantial proprietors who were also the people who could best afford to hire jurists. And the jurists, as proprietors and family members themselves, could sympathize with the plight of a man like Fraschi. On various occasions, for example, both Accorambuoni and San Gimignano voiced their concern in legislative deliberative councils over economic conditions, inequitable fiscal policies, and mounting indebtedness (127). Several of these jurists were also active in Florentine humanist circles, especially Montemagno (128). Humanist expression of Florentine ideology, if not humanist rhetorical and philological methods, seems to have played a role in shaping the subjective and voluntaristic sense of property in the *consilium* (129).

---

(126) LOMBARDI, p. 107, notes that the medieval senses of *dominium* erected under the influence of Germanic constructs and economic realities « incontrino, sulla soglia delle facoltà legali e del foro, un proibente filtro di tecnicismo ... E le *rationes* non propriamente ' giuridiche ' continuano a fare un po' la figura di parenti povere nell'argomentazione giurisprudenziale ». In the *consilium* itself, in addition, is the revealing comment by Montemagno (in the context of the problem of the witnesses) « calor iudicii est maioris auctoritatis quam actus extra iudiciales » (*Consilium*, fol. 413r).

(127) BRUCKER, *Civic World*, pp. 313 n. 307, 448 n. 235, 459 n. 290, 484.

(128) Giovanni di Nello da San Gimignano was a humanist, as was Benedetto di Michele Accolti, a jurist who also rose to be a humanist chancellor of Florence. On them and Montemagno, see MARTINES, *Social World*, pp. 330-331, 340, 343-344.

(129) Grossi has pointed to humanism as influencing law on property, but he

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

That such a connection might be forged between humanism and law in practice, moreover, should not be surprising ([130]). There were points of both ideological and social convergence between humanism and law. Humanists were acutely aware of the role of law in maintaining order in social life, as the basis for familial, corporate, and civic bodies. They could and did lavish praise on the laws of Florence and on the diligent jurists who interpreted them in practice ([131]). Humanists and jurists in early Quattrocento Florence also tended to share a partially similar educational background ([132]). And in the early Quattrocento the most prominent jurists and the most prominent humanists could almost all be classed as social newcomers or outsiders — men of non-Florentine origin and at least originally not among the social elite. All five jurists in the Fraschi case fall into the category of outsiders ([133]). These men seem to have been sensitive to the

---

has not systematically investigated this point. For now see GROSSI, *Seconda scolastica*, p. 189; *Locatio ad longum tempus*, p. 196.

([130]) The tendency of historians, however, has largely been to see the two as distinct and even antagonistic. An elegant summation of historians' views of humanism and law was offered a number of years ago by Domenico MAFFEI *Gli inizi dell'umanesimo giuridico* (Milan 1956), pp. 15-16.

([131]) *Ibid.*, pp. 34-62, 67-78. See also Roberto ABBONDANZA, *Jurisprudence: The Methodology of Andrea Alciato*, in *The Late Italian Renaissance, 1525-1630*, ed. Eric Cochrane (New York 1970), pp. 72-90; Donald R. KELLEY, *Civil Science in the Renaissance: Jurisprudence Italian Style*, in *The Historical Journal* 22 (1979), 777-794; Robert BLACK, *Ancients and Moderns in the Renaissance: Rhetoric and History in Accolti's Dialogue on the Preeminence of Men of His Own Time*, in *Journal of the History of Ideas* 43 (1982), 20.

([132]) Note the number of humanists who appear in Martines' profiles of Florentine lawyers, especially under the category of « outsiders », *Lawyers*, pp. 484-508, and the legal training of various humanists profiled in his *Social World*. Also Jerrold E. SIEGEL, *Rhetoric and Philosophy in Renaissance Humanism: The Union of Eloquence and Wisdom, Petrarch to Valla* (Princeton 1968) and his « *Civic Humanism* » *or Ciceronian Rhetoric?: The Culture of Petrarch and Bruni*, in *Past and Present* 34 (July 1966), 3-48; MARTINES, *Power and Imagination*, p. 204.

([133]) MARTINES, *Lawyers*, pp. 73-75, lists 22 « outsiders » and 11 men of « new » families, as against 13 of « old » families, in the period 1380-1430. The prominence of outsiders may have been due to their conventionally perceived impartiality, as much if not more so than to the existence of other outlets for the old elite (the reason cited by Martines for the relative paucity of « old » men in 1380-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

struggles of those whose resources and social standing were limited.

Finally the *consilium* displays a tendency to connect personal virtue with legal title, not with possession. Title was to be acquired by honorable and voluntary legal mechanism, like inheritance or purchase, by one's own desire and effort or by that of an ancestor or friend. Only with difficulty would it come to one by judicial decree, the passage of time, and another's negligence. Attention shifted to the moral qualities of the putative *praescribens*, whose concern to acquire property away from another's family smacked of a lack of virtue. Within the legal notion of title, then, the subjective ethic coming into being in humanist Florentine ideology could find practical expression. It is thus possible to see how Florentine attitudes toward wealth rested on faith in a functioning legal apparatus, in addition to faith in one's own abilities while in possession to use or avoid the « thousands of accidents » of time.

APPENDIX

The Consilium.

The entire *consilium* is contained in BNF, Landau-Finaly 98, fols. 403r-414v. It contains the autographs and seals of the five jurists. Because fols. 403r-407v contain transcriptions of relevant statutes (in both the versions of 1355 and 1415) and, therefore, do not contribute directly to the understanding of the case, these folia have been omitted from the following edition. Except for examples like *ci* and *ti*, spelling has not been standardized. Punctuation has been modernized. Source references have been provided in the notes, as have notations to all corrections made in the manuscript.

1430 vs. their relative abundance 1480-1530). The outsiders of the earlier period were also a considerable array of talent, including (in addition to the five here) Paolo di Castro, Bartolomeo Vulpi, and Antonio Roselli. The outsiders were especially prominent in civil law, while several « old » family lawyers taught canon law. Among native Florentines, perhaps only Filippo Corsini, Alessandro Bencivenni, and Lorenzo Ridolfi could be said to have had good reputations. There seems a clear parallel to the reputation of outsiders among Florentine humanists in the same period: Bruni, Bracciolini, Marsuppini, Traversari.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

[408r] Hiis premissis ad factum descendendo conti⟨n⟩git quod latum fuit laudum die octava julii millesimo trecentesimo quinquagesimo octavo inter dominam Francischam viduam, uxorem olim Cecchi Frasche, ex una parte, et Zenobium et Guidaccium, fratres et filios dicte domine Francische et dicti olim Cecchi, ex parte alia, precedente legiptimo compromisso facto inter dictas partes. In quo laudo inter alia in effectu laudatum fuit quod dictus Zenobius et Guidaccius et quilibet eorum in solidum, unica tamen solutione sufficiente, darent et solverent dicte domine Francische pro suis alimentis quolibet anno in kalendis augusti cuiuslibet anni toto tempore vite dicte domine Francische florenos tredecim auri. Quod laudum latum fuit presentibus et intelligentibus dicta domina Francischa et Zenobio et dictum laudum ratificantibus.

Deinde postea in anno domini millesimo trecentesimo sexagesimo tertio dictus Guidaccius decessit suo condito testamento, in qua inter alia reliquit et legavit dicte domine Francische eius matri quolibet anno florenos tres auri ultra illos quos dare tenebatur dicte domine secundum formam suprascripti laudi. Postea de anno domini millesimo trecentesimo octuagesimo primo decessit dicta domina Francischa nullo condito testamento, superextitibus et superviventibus Francischo et Dominico, nepotibus ex filio dicte domine Francische et fratribus et filiis olim Zenobi dicti Cecchi, et nullis aliis relictis filiis vel descendentibus qui possent dictos Francischum et Dominicum excludere ab hereditate dicte domine Francische vel cum eis in aliqua parte concurrere in hereditate predicta. Qui Dominicus tunc adultus de anno domini millesimo trecentesimo octuagesimo secundo cum legitimo consensu sui curatoris adivit hereditatem dicte domine Francische pro dimidia ab intestato.

Postea decessit dictus Francischus in anno domini millesimo quadringentesimo, nullis relictis filiis et non adita hereditate dicte eius avie.

Postea de anno millesimo quadrigentesimo vigesimo quinto et die tertia mensis julii, dictus Dominicus Zenobii heres in solidum ab intestato domine Francische eius avie suprascripte emancipavit Francischam eius filiam, et in premium emancipationis donavit dicte domine Cheche omnia iura sibi Dominico heredi predicto competentia vigore laudi et testamenti et iurium suprascriptorum. Que emancipatio notificata fuit legiptime et infra debitum tempus officiali mercantie, tamen in consilio populi vel communis non fuit notificata, prout dictat dicta nova reformatio edita in dicto anno domini millesimo quadringentesimo vigesimo ⟨primo⟩.

Et insuper incontinenti eadem die et loco dicta domina Francischa filia dicti Domini, cum consensu patris ac etiam eius viri, fecit suum procuratorem ser Loysium ser Michaelis notarium ad agendum et intrandum tenutam et alia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Qui ser Loysius pro executione iurium suprascriptorum, die decima dicti mensis julii, pro executione iurium suprascriptorum cessorum, impetravit a curia communis Florentie [408v] pronumptiationem tenute et obtinuit tenutam super bonis dicti olim Zenobii, et immissus fuit in tenutam quarundam domorum que olim fuerunt dicti olim Zenobii, et fecit fieri precepta de disgombrando domine Antonie, uxori olim Francisci Daldi, que tenebat et possidebat dicta bona. Et dicta precepta iustificavit et per totum dictum mensem julii omnia incumbentia probavit, etiam talia que ostendunt potioritatem iuris in causa precepti et etiam de absentia Dominici, que impedivit cursum prescriptionis. Item et bona in quibus facta fuit immissio fuissent in bonis debitoris. Item et ipsa bona fuissent redditus florenorum quadringenta et ultra. In qua causa comparuit ser Davanzatus ⟨Jacopi⟩, procurator et procuratorio nomine domine Antonie predicte, et plura obicit, et inter alia:

In primis quod iura intentata pro parte dicte domine Francisce filie Dominici, videlicet laudi et testamenti de quibus supra fuit mentio, sunt (1) prescriptum per lapsum triginta et quadraginta annorum. Et quod non obstat absentia Dominici allegata, quia dictum statutum communis disponens quod absentibus non currat prescriptio debet intelligi de absentia necessaria vel ex causa rei publica et non de absentia voluntaria.

Secundo opponit quod dicta domina Francischa, uxor olim dicti Cecchi et avia dicti Dominici, in anno domini millesimo trecentesimo sexagesimo se obligavit ad restitutionem dotis alterius domine Francische, filie olim Gerii et prime uxoris dicti olim Zenobii, patris dicti Dominici et filii dicte domine Francische uxoris Cecchi, que dos fuit florenorum trecentorum quinquagienta. Et quod ipsa domina Francischa, uxor Zenobii, decessit relicto Francisco, unico filio dictorum domine Francische et Zenobii in Galium. Qui Franciscus, ut heres dicte eius matris, in anno domini millesimo trecentesimo octuagesimo septimo cessit iura dotis dicte sue matris et dictorum florenorum trecentorum quinquaginta Francisco Daldi Cantini. Qui Franciscus Daldi, vigore et pro executione dicte dotis sibi cesse, de dicto anno millesimo trecentesimo octuagesimo septimo, auctoritate curie communis Florentie ex primo decreto et per nuntium communis, immissus fuit in tenutam bonorum de quibus est contentio. Et subdit et articulat dictus procurator dicte domine Antonie in secundo capitulo sue intentionis qualiter dictus Franciscus Daldi a dicto anno millesimo trecentesimo octuagesimo septimo citra continue usque ad tempus sue mortis, qui Franciscus Daldi decessit in anno domini millesimo quadringentesimo xxquarto, et per totum dictum tempus, continue habuit, tenuit, et possedit dicta bona de quibus contenditur, et in quibus dictus Franciscus Daldi im-

(1) est *in text.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

missus fuerat pacifice et quiete et bona fide iuxta ratione, titulo, et causa, et maxime vigore instrumentorum et iurium predictorum pro suis et tamquam ipsius Francisci Daldi per bona propria in solidum et in totum. Et super dicto capitulo examinati sunt tres testes qui super dicto capitulo testificant hoc modo, videlicet:

Guccius Bartolomei, populi Sancte Marie nepotem cose de Florentia, testis inductus et productus per dictum ser Davanzatum Jacobi etc. [409r] Super secundum capitulo dicte intentionis quod incipit Item quo supradictus Francischus etc., suo iuramento interrogatus testificando, dixit se hoc tantum scire de contentis in dicto capitulo, videlicet: quod iam sunt triginta anni et ultra et usque ad tempus et tempore mortis dicti Francisci Daldi vidit dictum Franciscum Daldi in capitulo nominatum per se et alios tenentes pro eo habere, tenere, et possidere domum et bona de quibus in dicto capitulo fit mentio, que bona sunt ista, videlicet: una domus cum volta, curia, puteo et aliis rebus, posita Florentie in populo Sancti Christofani del corso, iuxta plateam Sancti Johannis Batiste de Florentia, cui a i° dicta platea, a ii° chiassus, a iii° Pauli Andree Mazi, a iiii° chiassus, infra predictos confines vel alios veriores, pro suis et tamquam sua bona propria et in eis habitare, stare, et morari, ire et intrare. Et vidit ipsum Franciscum dictam domum et bona reactari facere plura et de quadam apoteca fieri facere unam cameram et plura alia laboreria, ut faciunt veri domini et possessores de eorum rebus propriis. Interrogatus quo iure et titulo tenebat et possidebat dicta bona, dixit se nescire. Interrogatus quibus presentibus predicta vidit, dixit de se teste et dicto Francisco et pluribus aliis. Interrogatus si fuit vel est vicino dicte domui et bonis, dixit quod sic etc. Et quanto tempore fuit vicinus, dixit iam sunt anni triginta et ultra.

Niccolaus Ligii faber, populi Sancti Benedicti de Florentia, alius testis etc. Super secundo capitulo dicte intentionis incipienti Item supradictus Franciscus etc., suo iuramento interrogatus testificando, dixit se tantum scire de contentis in dicto capitulo, videlicet: quod ipse testis vidit dictum Franciscum in capitulo nominatum iam sunt anni triginta et ultra stare, morari, et habitare, tenere et possidere dictam domum et bona de qua et quibus in capitulo fit mentio pro suis et tamquam sua bona propria, et ipsum vidit reactari facere tectum dicte domus et alia facere que veri domini et possessores de re propria. Interrogatus quibus rationibus et titulis tenebat et possidebat dicta bona, dixit se nescire, sed credit quod tenebat iustis titulis et rationibus et causis. Interrogatus de presentibus quando predicta vidit, dixit de se teste et dicto Francisco et pluribus aliis de quorum nominibus dixit se non recordari.

Viterbinus Niccolai, populi Sancte Lucie de magnolis de Florentia, alius testis etc. Super secundo capitulo dicte intentionis incipienti Item quod supradictus Franciscus etc., suo iuramento interrogatus

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

testificando, dixit se tantum scire de contentis in dicto capitulo, videlicet: quod iam sunt anni triginta duo [409v] elapsi et ultra quibus ipse cognovit dictum Franciscum Daldi in capitulo nominatum, et ab ipso tempore citra et usque ad tempus et tempore mortis dicti Francisci et per se et tenentes pro eo vidit dictum Franciscum tenere, habere, et possidere pacifice et quiete et bona fide unam domum cum volta, curia, puteo, et aliis rebus, positam Florentie in populo Sancti Christofani del corso, iuxta plateam Sancti Johannis sive Sancte Reparate, cui a i° dicta platea, a ii° chiasso, et alia latera quasi ex opposito campanili Sancte Reparate, et vidit dictum Franciscum fieri facere et seu reactare unam cameram in dicta domo et alia laboreria tamquam in suis bonis propriis, et alias vidit ipsum Francischum facere in dictis et de dictis bonis que faciunt veri domini et possessores de eorum bonis propriis. Interrogatus quibus presentibus predicta vidit, dixit de se et dicto Francisco Daldi et de pluribus aliis de quorum nominibus dixit se non recordari.

Et subdit qualiter Franciscus Daldi predictus est mortuus et qualiter ipsa immissio est auctoritate curie communis Florentie pro dotibus suis et pro earum executione in dictis bonis tamquam in bonis dicti Francisci Daldi, et quo super eis non potest veniri per dictam Checham cessionariam, cum domina Francischa, avia dicti Dominici et cuius ipsi se asserunt heredes, fuerit et sit obligata ad dictam dotem dicte alterius domine Francisce eius nurus, que cessa est dicto Francisco Daldi, et sic nedum venire possent ad ipsa bona sed defendere tenentur, cum ipsi heredes dicte domine Francisce, uxoris Cecchi, sint obligati ad dictam dotem dicto Francisco Daldi cessam. Item quod probatum est Franciscum tanto tempore tenuisse pro suis quod ipsa bona prescripsit, scilicet per triginta annos et ultra.

Tertio opponebatur quod emancipatio dicte domine Cheche non est notificata in consilio secundam formam nove reformationis et sic emancipatio et donatio in ea contenta esset nulla et eius vigore agi non posset.

Pro parte vero dicti ser Loysii, procuratoris dicte Cheche, replicabatur.

Et primo quod non obstat prescriptio allegata, et maxime cum appareat interrupta in anno domini millesimo trecentesimo octuagesimo (2) secundum formam statutorum. Item quod Dominico non cucurrit prescriptio cum ab anno mccclxxx citra steterit absens a civitate Florentie per decemotto annos et ultra, et sic non cucurrit prescriptio. Et quod statutum loquens quod absenti non currat prescriptio debet intelligi de quacunque absentia etiam voluntaria ad hoc ut aliquid addat iuri communi.

Super secundo respondetur sine difficultate, scilicet quod Francisco Daldi fuit de debito satisfactum, cum per statutum disponatur

(2) octuaginta *cancelled.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quod immissus in tenutam [410r] auctoritate curie communis Florentie lucretur fructus ad rationem quinque pro centenario et residuum computetur in sortem. Et constat et probatum est tot fructus extrasse et tantum debitum fuisse pro pensione quod ultra quinque pro centenario plene est satisfactum de debito, scilicet sorte et usuris. Et ipsemet ser Davanzatus articulat quod ipse Franciscus Daldi, vigore dicte dotis sibi cesse et immissionis habite a curia. Nec obstat quod subdit quod Franciscus Daldi tenuit et possedit per dictum tempus pro suis et tamquam sua bona propria etc. quia in hoc est sibi ipsi contrarius. Item et quia infra declarat quomodo intelligat illud pro suis dum dicit vigore instrumentorum et iurium predictorum, et sic illud pro suis debet intelligi quo ad detentationem tantum. Item et quia testes non probant ipsum tenuisse pro suis vel tanto tempore quod sine titulo prescripsisset. Item quia in hoc etiam sibi ipsi contrariatur, quia si vult dicere tenere pro suis, ser Loysius probat quod bona prius fuerunt debitoris et prius obligata et sic ex hoc capite subcumbit. Si vero velit defendere pro iure dotis cesse Francisco, constat quod ex redditibus est satisfactum et sic quoquo rem se vertat ser Loysius in hoc obtinere debet.

Super tertio obiecto quod emancipatio non tenuit ex defectu notificationis omisse multa dicebantur que pro brevitate omictuntur, et quia super hoc pronumptiatum est, ut infra diceretur. Tandem dicta causa commissa fuit consilio sapientis et consilium redditum fuit, in quo consultus respondit quod emancipatio erat nulla ex defectu notificationis omisse et quia donatio facta erat filio in potestate. Quapropter consuluit ex causa predicta pronumptiationem et immissionem tenute et precepta de disgombrando ex capite dicte notificationis omisse fuisse et esse nulla et preceptis parendum non esse. Et de aliis obiectis per ser Davanzatum supra de prescriptione contra laudum et alia hinc inde allegata, respondit quod non intendebat in hoc consilio decidere sed iura sua partibus, si qua sunt, reservabat, et secundum formam consilii per iudicem extitit pronumptiatum. Modo idem Dominicus vult solempniter emancipare iterum dictam dominam Checham eius filiam et sibi eadem iura donare.

Omni modo pro parte dicte Cheche queritur consilium super dubiis infrascriptis, videlicet: Primo an obstet exceptio prescriptionis contra dictum laudum et legatum, actenta interruptione facta per dominam Franciscam in anno domini mccclxxx°. Item et absentia Dominici, que probata est de decemotto annis et ultra, an impediat cursum prescriptionis. Et an statutum loquens quod absenti non currat prescriptio debeat intelligi et restringi solum ad absentiam ex causa necessaria, an referatur ad quamlibet absentiam etiam voluntariam.

Secundo an obstet secunda exceptio allegata, scilicet prescriptio Francisci Daldi, et an dicta testimonia ad hoc concludant, iuncta allegatione et productione dicte cessionis iurium dicto Francisco Daldi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

facte et immissione tenute de ipso Francischo facta cum dicta iurium cessione.

Tertio an dicta et actestationes testium examinatorum in dicta causa valeant in alia instantia, et maxime actento quod dicte probationes et examinationes testium sunt facte infra tempus quod pendebat ad notificandum [41ov] emancipationem in consilio et infra dictum tempus in causa producte. Nec adhuc poterit dici emancipatio nulla sed adhuc valebat, licet postea ex omissione notificationis irritetur.

Quarto est, si dicta et actestationes predicte valeant contra ipsam dominam Antoniam, quid iuris si ipsa domina Antonia alienasset post dictam sententiam dicta bona sive vigore pacti dotalis sive aliter quomodocunque. An dicte probationes facte faciant fidem contra habentem titulum vel causam ab ipsa domina Antonia. Et an ipsa domina Antonia teneatur pro possessore infra annum, et maxime actento statuto de precepto.

Yhesus Christus, Maria Virgo

Viso puncto et statutis superius michi exhibitis, et consideratis dubitationibus ex prefato themate elicitis, capio primum dubium. Et reservatis superfluis allegationibus, considero quod laudum fuit latum inter dominam Franciscam viduam, uxorem olim Cecchi, ex parte una, et Guidaccium (3) et Zenobium filios ex parte alia. In quo laudo predicti filii dicte eorum matri contempnati fuerunt ad dandum certam quantitatem pecunie singulis annis pro alimentis dicte eorum matris. Primo advertendum ⟨est⟩ quod istud laudum est annuum et sic non prescribitur annue prestationi, quando plures resultant prestationes, nisi de anno in annum iuxta materiam l. cum notissimi C. de prescript. xxx an. (4) et l. si in singulo ff. de an. lega (5). Sed hoc pro nunc omicto. Sed advertendum ⟨est⟩ quod laudum predictum fuit latum partibus presentibus et dictum laudum emologantibus. Ex quo patet quod dictus Zenobius habuit scientiam dicti laudi et non potest ignorantiam allegare, quia ipse consensit, et facti proprii non est tolerabilis ignorantia, iuxta nota. in l. non fatetur ff. de confess. (6) et est tex⟨tus⟩ in l. quisquis C. de rescin. ven. (7). Ex hoc sequitur quod, si Zenobius voluisset in vita sua prescribere contra actum ex laudo descendentem, semper fuisset in mala fide, cum debiti notitiam habere presumetur. Sed tunc succedit questio que ponitur per doc. in l. sequitur § si viam ff. de usucap. (8), scilicet an capitulo possessor extra de re. iuris, li⟨bro⟩ vi° (9) quod vult quod malefidei possessor ullo

(3) ipsius filiis *cancelled.*
(4) C. 7. 39. 7.
(5) D. 33. 1. 4.
(6) D. 42. 2. 2.
(7) C. 4. 44. 15.
(8) D. 41. 3. 4. 26 (27).
(9) [VI. [5. 13]. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tempore non prescribat, locum habeat etiam in illo qui tractat de prescribendo contra actionem vel obligationem etiam ex cursu longissimi temporis introductam. Et licet Bar⟨tolus⟩ videatur voluisse quod non habet locum in hoc casu illud capitulum (10), tamen communiter canonisti tenent contra, et maxime Jo⟨hannis⟩ An⟨dreae⟩ in dicto cap. malefidei in mercurialibus (11) assignat [411r] rationem, quia quicquid fit contra bonam fidem peccatum est, ut in c. fi. extra de prescriptione (12). Sed non debet lex esse mitificativa peccati, quia esset contra bonos mores et contra ius divinum, iuxta no. in c. non est obligatorium de re. iuris li⟨bro⟩ vi° (13), ergo non debet lex inducere prescriptionem aliquam que sit contra bonam fidem. Item tenet Bal⟨dus⟩ in l. i C. de servit. et aqua (14) et in auth. ad hec C. de usuris (15) et in usibus feu. in t. si de feudo fuerit controversia § si quis per xxx an. (16), motus ratione validissima, dicens quod fortior debet esse prescriptio causata a possessione quam illa que currit sine possessione, quia plus iuris habet possessor quam non possessor. Sed prescriptio causata a possessione requirit bonam fidem, ergo multo magis ipsam requirere debet prescriptio que sine possessione inducitur. Item addendum est quod non debet esse melioris condictionis prescriptio hodiosa quam prescriptio favorabilis vel mixta pro regula hodia restringi de reg. iur. li⟨bro⟩ vi° (17). Sed favorabilis vel mixta prescriptio bonam fidem requirunt, ergo multo magis eam requirere debet prescriptio hodiosa. Item alia ratio videtur multum vigore, nam fortius debet astringere bona fides promissoris quam bona fides possessoris, quia nichil tam naturale est quam ea que placuerit inter contrahentes servare, l. i ff. de pactis (18) et ⟨l. iuris gentium §⟩ ait pretor pacta servabo etc. (19). Ergo fortior est ratio ut requiratur bona fides in persona promictentis volentis prescribere quam in persona possidentis qui nichil unquam promisit. Hanc partem similiter tenuit dominus Angelus de Perusio in dicta l. sequitur § si viam (20) et allegat tex⟨tum⟩ ubi dicit esse

---

(10) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, to D. 41. 3. 4. 26 (27), *Opera omnia*, 10 vols. (Venice 1570), vol. 5, fols. 99ra-rb.

(11) JOHANNES ANDREAE, to VI. [5. 13]. 2, *Novella in titulum de regulis iuris* (1536), fols. 134rb-156rb.

(12) X. 2. 26. 20.

(13) VI. [5. 13]. 58.

(14) BALDUS DE UBALDIS, to C. 3. 34. 1, *In primos libros codicis* (Lyons 1546), fols. 193va-194rb.

(15) Idem, to *C. 4. 32. 16, *In quartum et quintum codicis* (Venice 1577), fols. 91va-93ra.

(16) Idem, to LF. 2. 26 § si quis per xxx annos, *Super feudis commentum* (Pavia 1495), fols. 49rb-50ra.

(17) VI. [5. 13]. 15.

(18) D. 2. 14. 1.

(19) D. 2. 14. 7, 7.

(20) ANGELUS DE UBALDIS, to D. 41. 3. 4. 26 (27), *In primam digesti novi* (1580), fols. 31vb-32ra.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

casum huius questionis in auth. ut ecclesia romana gaudeat privilegio centum annorum (21) post primum, ibi dum dicit *ad iniquissimum prescriptionis refugium,* per quem tex⟨tum⟩ probat quod inique facit qui contra bonam fidem recurrit ad remedium prescriptionis, contra quam perfidiam seu iniquitatem voluit succurrere tex⟨tus⟩ in dicto capitulo malefidei possessor (22). Ex quibus omnibus tam rationibus quam iuribus, et tot et tantorum doctorum auctoritatibus, legiptime puto de iure esse concludi quod (23) capitulum malefidei superius allegatum habeat locum tam cum prescribitur contra actionem quam cum prescribitur respectu aliorum bonorum, ut in utroque casu concludamus quod qui est in malafide nullo modo prescribit.

Tunc succedit liquida responsio ad primum quesitum, scilicet quod dictus Zenobius nunquam in ipsius vita recipere potuit prescriptionem contra dictam obligationem et actionem ex laudo orientem, quia ipse fuisset semper in malafide, quia cum emologaverit dictum laudum et fuit presens et consentiens, ergo non potuit legiptimam pretendere ignorantiam, unde non potuit aliquo casu prescriptionem incipere per ea que dicta fuit supra. Item advertendum ⟨est⟩ quod etiam post eius mortem non potuit incipere dicta prescriptio, quia non deducitur ipsius hereditatem fuisse aditam, ergo eius hereditas fuit iacens. Sed hereditas iacens non potest incoare prescriptionem sed incoatam bene perficere potest, ut l. ceptam et l. fi. ff. de usucap. (24). Ex quibus patet quod obiectio prescriptionis non potuit in aliquo casu obstare per ea que dicta sunt. Ulterius non obstat quod obicitur de prescriptione contra Dominicum, quia, ut in puncto presupponitur, deducta et probata est absentia Dominici per spatium xviii annorum, in quo tempore ex forma statuti superius allegati non currit prescriptio contra absentem. Sed circa intellectum istius statuti obicitur et videtur quod ymo statutum quod simpliciter loquitur quod contra absentem non currat prescriptio debeat intelligi contra absentem ex causa probabili et necessaria tantum, non autem de absente [411v] ex causa voluntaria vel necessaria tantum, quia cum quadruplex sit absentia, ut no. in l. fi. ff. de in integ. resti. ti⟨tulo⟩ generali (25). Ergo videtur quod statutum debeat intelligi in illa absentia que minus exorbitet a iure comuni, l. ii C. de noxal. (26) et in c. cum dilectus extra de consuetudine (27). Sed absentia ex causa necessaria et probabili est illa que minus exorbitat a iure communi, ergo de illa debet intelligi quod minus exorbitet in hoc a iure comuni currit prescriptio. Sed in hoc est privilegiata

(21) A. 2. 4.
(22) VI. [5. 13]. 2.
(23) ved. *cancelled.*
(24) D. 41. 3. 40 and 49.
(25) D. 4. 1. 8.
(26) C. 3. 41. 2.
(27) X. 1. 4. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

absentia ex causa probabili et necessaria, quia licet currat tamen datur restitutio, ut est tex⟨tus⟩ in l. sicut C. de prescripti. xxx an. (28) et in l. i ff. quibus ex ca. maio. (29). Ergo statutum videtur quod de isto absente intelligatur ut contra absentem ex causa probabili et necessaria non currat prescriptio quia minus in eo corrigat. Sed advertendum ⟨est⟩ quia puto quod, hoc non obstante, dictum statutum debeat intelligi de qualibet absentia etiam voluntaria, primo quia statutum dicit quod non currat absentibus, sicut loquitur in pluribus. Ergo de quibuscunque absentibus debet intelligi, sicut et contra in simili arguunt doctores in l. certi condictio in prin. ff. si cer. pe. (30) ad probandum quod una sit certi condictio et non plures (31), quia semper appellata est certi condictio in singula et non in pluribus, nam fuissent appellate condictiones illarum que intelligunt etiam plures condictiones. Sic, cum statutum dicit in pluribus contra absentes, intelligitur de quocunque absente loqui. Item advertendum ⟨est⟩ quia statutum quod loquitur contra absentes non currat prescriptio loquitur de ipso cursu prescriptionis, nichil autem dicit de restitutione. Sed istud est generale in omnibus de iure comuni, quia contra quemcunque absentem currit prescriptio, ergo generaliter debet intelligi in quacunque absentia, quia ita currit contra absentem ex causa necessaria et probabili sicut contra alios, non autem debet trahi ad intellectum ut respectu restitutionis, quia de isto casu non loquitur statutum, ar. in l. si vero § de viro ff. so. ma. (32). Item advertendum ⟨est⟩ quod istud probatur ex verbis statuti, que recuntur que volunt et excipiunt quod id quod intelligamus quod statutum supra voluit intelligere de alia absentia, etiam quam ex causa probabili et necessaria tantum, quia bampniti sunt absentes ex causa necessaria et tamen a rubrica predicta absentium contra quos non currit prescriptio excipiuntur exbampniti contra quos statutum dicit quod non currat prescriptio, quod non est necesse excipere si supra⟨dictum⟩ statutum fuisset locutum tantum de absentibus ex causa necessaria et probabili, quia clarum est quod non comprendisset bampnitos. Pro hic facit quia exceptio declarat regulam, ff. de penu. lega. l. nam quod liquide § fi. (33) et Bal⟨dus⟩ in l. quotiens C. fa. here. (34) et in c. i de capitaneo qui curiam vendidit in usibus feu. (35) et Oldra⟨dus⟩ in consilio xxxviiii (36) et ff. de fun. instruc. l. quesitum § idem respondit (37). Item pro hoc

(28) C. 7. 39. 3.
(29) D. 4. 6. 1.
(30) D. 12. 1. 9.
(31) *plures* inserted above.
(32) D. 24. 3. 64, 9.
(33) D. 33. 9. 4, 6.
(34) BALDUS, to C. 3. 36. 10, *In primos libros codicis*, ed. cit., fols. 200vb-201ra.
(35) Idem, to LF. 2. 51. 1, *Super feudis*, ed. cit., fols. 72va-74rb.
(36) Cf. OLDRADUS DE PONTE, *Consilia* (Venice 1571).
(37) D. 33. 7. 12. 38.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

facit quia exceptio debet esse de contentis (38) sub regula, ut no. Bar⟨tolus⟩ in l. item queritur § qui impleto ff. locati (39). Ex quibus patet quod si excipitur de absentibus ex causa necessaria tantum, quod supra⟨dictum⟩ statutum non potest intelligi fuisse locutum de absentibus ex causa probabili et necessaria tantum, quia frustra de hiis excepisset. Ne ergo actus frustratorius intelligatur a statuto inductus et, ut verba exceptionum aliquid operentur, necesse est ut regula intelligatur in qualibet absentia, facit l. si quando in prin. ff. de leg. primo cum sy. (40). Item advertendum ⟨est⟩ quod illa doctrina que supra in contrarium allegatur, scilicet quod statutum debet intelligi ut minus exorbitet a iure comuni quam potest et ut minus corrigat, non est indistincte vera set notabiliter [412r] limitatur per Bal⟨dum⟩ in l. ita nobis C. de l. iul. de adult. (41) ubi dicit quedam notanda verba super hoc, concludens quod, quando statutum emanat ad observantiam iuris comunis, et tunc recipit interpretationem a iure comuni et ita intelligit iura in contrarium allegata. Aliquando emanat preter ius comune, prius si dicat statutum quodlibet instrumentum guarantigie habeat executionem paratam. Nam hoc est secundum ius comune, quia instrumentum non habet vim executivam, ut l. i C. de execu. rei. iud. (42), sed habet tantum vim probativam, et tunc non est recedendum a verbis statuti. Et ideo si dicat quod quedam exceptiones obstent, mille alie abstabunt, ar. in l. si vero § de viro ff. so. ma. (43). Quandoque statutum emanat ad corrigendum ius comune et tunc etiam dicat quod non recipit interpetrationem a iure comuni, ita intelligit l. prospexit ff. qui et a quibus (44) et ff. de iusti. et iura l. ius civile (45), et ideo dicit quod inherendum est tunc verbis statuti, allegat l. i § si is qui navem ff. de executoria (46). Interdum statutum emanat ad ampliandum ius comune et tunc etiam non recipit interpretationem restrictivam per ius comune. Unde si statutum diceret quod quilibet admictatur ad accusandum de homocidio, etiam isto casu infamis admicteretur, allegat l. i § item nuntiatio ff. de no. o. nunt. (47) men. (48) et ibi per Ia⟨cobum⟩ de Are⟨na⟩ (49), et allegat

---

(38) in *cancelled*.
(39) BARTOLUS, to D. 19. 2. 13. 11, *Opera omnia*, vol. 2, fols. 131rb-132ra.
(40) D. 30. [1]. 109.
(41) BALDUS, to C. 9. 9. 27 (28), *In vii, viii, ix, x, et xi codicis* (Venice 1577), fol. 221ra.
(42) C. 7. 53. 1.
(43) D. 24. 3. 64, 9.
(44) D. 40. 9. 12.
(45) D. 1. 1. 6.
(46) D. 14. 1. 1, 19.
(47) Inserted above.
(48) D. 39. 1. 1, 16.
(49) JACOBUS DE ARENA, to D. 39. 1. 1, 16, *Commentarii in universum ius civile* (1541; reprint ed., Bologna 1971), fols. 139va-140ra.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

c. cum secundum de rescriptis (50) et (51) dicit no. istam doctrinam. Nunc ad propositum, si tenemus istam doctrinam superius a Bal⟨do⟩ traditam, cum constet quod de iure comuni prescriptio currat contra absentes, ut dicta l. sicut C. de prescript. xxx an. (52) clarum est quod statutum quod asserat quod prescriptio non currat contra absentem corrigit ius comune vel saltim est preter ius comune, et in istis duobus casibus dicit Bal⟨dus⟩ quod statutum non recipit interpretationem secundum ius comune sed intelligitur simpliciter prout loquitur. Ergo concludendum est quod comprendat omnem absentem. Et ideo concludendum ⟨est⟩ quod, cum sit probata absentia dicti Dominici, quo tempore durantis absentis nulla contra Dominicum prescriptio (53) cucurrit. Ex quibus omnibus sequitur responsio ad primum quesitum quod contra laudum et legatum factum, actenta interruptione facta per dominam Francischam et absentia Dominici, impedita est prescriptio supra in contrarium allegata, non obstante quod Dominicus fuerit absens ex causa voluntaria, quia statutum debet intelligi ut contra absentes non currat prescriptio quacunque absentia fuerint absentes per iura et rationes superius allegata.

Ad secundum dubium principaliter formatum facilis est responsio per ea que dicta sunt in proximo precedenti dubio, quia, cum Dominicus contra quem prescriptio intenditur fuerit absens per annos decemotto a civitate Florentie, sequitur quod toto medio tempore contra eum prescriptio non cucurrit. Fuit autem istud intermedium tempus ab anno domini millesimo quadringentesimo [sic] octuagesimo, ergo non est decursus terminus annorum xxx postquam dictus Francischus Daldi immissus fuit in tenutam dictorum bonorum, quia fuit immissus in anno millesimo trecentesimo octuagesimo septimo. Ergo computato tempore absentie Dominici quod de medio removeri debet, ut superius est ostensum per formam dicti statuti, non potest dici consummata dicta prescriptio per dictum Francischum Daldi vel per habentem causam ab eo, scilicet contra ypotecam bonorum vigore dicti laudi, maxime quia ypotecaria non tollitur nisi per cursum [412v] quadraginta annorum. Item dico quod ipsa bona non prescripsit ex aliquo titulo, quia ipse allegat tenutam adeptam virtute ypotece, per quam bona Zenobii erant ypotecata per restitutionem dotis domine Francisce uxoris dicti Zenobii. Et sic patet quod vigore talis tenute non prescribit, quia qui habet tenutam non est verus possessor, l. i § vivianus ff. de ac. pri. (54) et sine possessione prescriptio non procedit, ut in c. sine possessione de reg. iuris li⟨bro⟩ vi° (55). Item tenens bona

(50) X. 1. 3. 17.
(51) dono *cancelled.*
(52) C. 7. 39. 3.
(53) curr *cancelled.*
(54) D. 43. 19. 1, 6.
(55) VI. [5. 13]. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vigore ypotece non prescribit, etiam si teneret per mille annos, quia ypoteca non est ydoneus titulus ad prescriptionem inducendam, ut notabiliter dixit Bal⟨dus⟩ in l. si sine C. ad velle. (56). Quod patet quia ff. et C. inter titulos prescriptionum non connumeratur titulus ypotece. Nec potest allegare quod teneat titulo pro suo, quia essent opportuna in eodem subiecto contra l. i et quod ibi no. C. de furt. (57) et l. ubi repugnantia ff. de ⟨regulis⟩ iuris. (58). Item quia ipse allegat ex qua causa teneat, scilicet (59) ex ypoteca, ergo non potest allegare ut teneat pro suo, quia res sua non posset sibi esse obligata, l. sequitur § lana ff. de usucap. (60). Item quia presumitur ex eodem titulo continuata detentio ex qua fuit incoata, l. si ⟨quedam⟩ mulier et quod ibi no. ff. de rei. ven. (61). Ulterius hoc non prodest sibi quia generalis titulus pro suo non est potens ad prescribendum, ut dixit g⟨lossa⟩ et ibi Bar⟨tolus⟩ in l. i in fi. ff. pro suo (62). Illa ergo verba generalia tenuit et possedit pro suis et tamquam sua bona propria etc. non parant actitudinem ad prescribendum titulo pro suo, sed denotant quod possedit ut sua et non aliena. Ex quo patet responsio etiam ad secundum dubium quod prescriptio allegata per Francischum Daldi in nichilo sibi prodest.

Super tertio quesito, scilicet an testes examinati in causa superius (63) agitata faciant fidem in alia instantia denuo incoanda inter easdem personas, in hoc concludo breviter una cum aliis doctoribus secundum not. in l. is apud quem C. de eden. (64) et (65) Cy⟨no⟩ Bar⟨tolo⟩, et Bal⟨do⟩ (66) et in l. cum lite mortua ff. de iudi. sol., (67) et per Ia⟨cobum⟩ Bu⟨ttrigarium⟩ in l. fi. C. de testi. (68) et in l. properandum in fi. C. de iudi. (69), ubi omissis superfluis concludunt quod quando testes semel examinati sunt publicati, tunc aut sumus in testibus examinatis coram iudice aut coram arbitro. Si coram iudice

---

(56) BALDUS, to C. 4. 29. 5, *In quartum et quintum codicis*, ed. cit., fols. 77va-78ra.

(57) C. 6. 2. 1.

(58) D. 50. 17. 188.

(59) y *cancelled*.

(60) D. 41. 3. 4, 19.

(61) D. 6. 1. 77.

(62) *Glossa ordinaria*, to D. 41. 10. 1 (Venice 1598), vol. 3, col. 589. BARTOLUS, to D. 41. 10. 1, *Opera omnia*, vol. 5, fol. 114vb.

(63) allegata *cancelled*.

(64) C. 2. 1. 2.

(65) ig *cancelled*.

(66) CYNUS, to C. 2. 1. 2, *In codicem et aliquot titulos primi pandectorum* (Frankfurt 1570; reprint ed., Turin 1964), fols. 65vb-67ra. BARTOLUS, to C. 2. 1. 2, *Opera omnia*, vol. 7, fols. 38ra-39ra. BALDUS, to C. 2. 1. 2, *In primos libros codicis*, fols. 74rb-75rb.

(67) D. 46. 7. 2.

(68) JACOBUS BUTTRIGARIUS, to C. 4. 20. 20, *Lectura super codice* (reprint ed., Bologna 1973), fol. 126vb.

(69) Idem, to C. 3. 1. 13, ed. cit., fols. 88va-90vb.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tunc faciunt fidem in alia instantia inter easdem personas, et idem tenet glo⟨ssa⟩ in dicta l. is apud quem (70) et Inocen⟨tius⟩ extra de testi. c. cum in tua (71). Si vero coram arbitro tunc servanda est distinctio que ponitur in l. fi. C. de testibus (72), scilicet quia aut pars contra quam testes (73) examinati fuerunt in primo iudicio arbitri ipsorum testium examinationes acceptat in secunda instantia et eis statur, aut non acceptat sed vult quod iterum examinentur, et iterum sunt examinandi si sunt viri et eorum examinatio fieri potest, alias necesse habet acceptare, velit, nolit, et ibi dicitur. Quam distinctionem aliqui voluerunt tenere, habere locum etiam in testibus examinatis coram iudice, sicut quando fuerunt examinati premictus coram arbitro, tamen prima est comunis opinio quod aliud sit in arbitro aliud in iudice, et illa magis mihi placet, quia lex fi. C. de testibus (74) loquitur de examinatis coram arbitro, que examinatio non est tanti roboris quanti illa que fit coram iudice, ar. l. cum ostendimus ⟨ff.⟩ de fidei. cur (75) [413r] Tamen ubi dicitur quod calor iudicii est maioris auctoritatis quam actus extra iudiciales, quicquid sit primum ad propositum non est nimis magna difficultas. Et concludo quod examinationes testium predictorum, cum fuerint probate, quod fidem faciant in alio iudice noviter agitando inter easdem personas et etiam inter quascunque que in locum priorum personarum locum successissent vel ab eisdem causam pretenderent, facit l. sed et si possessori § fi. cum l. sequenti ff. de iure. iuran. (76). Et istud consuluit Dy⟨nus⟩ (77) et ita tenet Inocen⟨tius⟩ in preallegato c. cum in tua (78) et ita tenet Bar⟨tolus⟩ in dicta l. is apud quem (79) et dicta l. cum lite iudi. sol. (80) et ff. de excepti, rei. iudi. l. si mater § fi. (81), et hoc etiam sequitur Bal⟨dus⟩ in locis preallegatis (82). Et in casu quo esset vera opinio illorum quod debet adhiberi distinctio l. fi. C. de testi. (83), tunc dico quod possent iterum examinari illi quorum copia posset haberi. Si autem aliqui essent mortui, tunc eorum dictum omnino standum esset sine nova examinatione. Item consilium esset in casu quo iudici videretur quod deberent iterum examinari

(70) *Glossa ordinaria*, to C. 2. 1. 2, ed. cit., vol. 4, cols. 316-317.
(71) INNOCENTIUS IV, to X. 2. 20. 44, *Commentaria in V libros decretalium* (Frankfurt 1570; reprint ed., Frankfurt 1968), fols. 266rb-va.
(72) C. 4. 20. 20.
(73) sunt *cancelled*.
(74) C. 4. 20. 20.
(75) D. 27. 7. 4.
(76) D. 12. 2. 11, 3 and D. 12. 2. 12.
(77) DYNUS MUXELLANUS, *Consilia* (Lyons 1551).
(78) INNOCENTIUS, to X. 2. 20. 44, loc. cit.
(79) BARTOLUS, to C. 2. 1. 2, loc. cit.
(80) Idem, to D. 46. 7. 2, *Opera omnia*, ed. cit., vol. 6, fols. 111rb-112ra.
(81) D. 44, 2. 1, 10.
(82) BALDUS, to C. 2. 1. 2, loc. cit.; idem, to D. 56. 7. 2, *In secundam digesti novi* (Venice 1577), fols. 43ra-rb.
(83) C. 4. 20. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quod ipsi testes peterent sibi legi ea que premitus deposuerunt. Item iudex posset admictere hanc testificationem ut dicant dicimus. Item quod diximus in alia instantia super huiusmodi articulis examinati, ar. in l. qui ex liberis § testamento ff. de sec. tabu. (84) et l. querebatur de testamento milit. (85) et l. i § ⟨sed si⟩ filius de le. iii (86) et ita no. Bal⟨dus⟩ in l. eos ff. ad l. cor. de falsi. (87) et tangit in dicta l. fi. C. de testi. (88).

Ad quartum et ultimum dubium patet responsio per predicta, scilicet quod, si dicta domina Antonia alienasset in fraudem dicta bona vel etiam sine fraude, et novum inciperetur iudicium contra tertium possessorem in quem facta fuit alienatio, quod etiam tales actestationes fidem facerent contra illum talem singularem successorem et ea que dicta sunt supra, et ita tenet Bar⟨tolus⟩ in dicta l. is apud quem ⟨et⟩ in dicta l. cum lite mortua (89), pro quo facit tex⟨tus⟩ in l. ait pretor in fi. cum l. sequenti ff. de iureiuran. (90).

Ultimo ad illud quod obicitur pro parte domine Antonie, quod Dominicus vel habens causam ab eo venit ad ista bona ut heres domine Francische avie sue, in cuius favorem laudum ex quo nititur fuit latum, que domina Francischa avia Dominici erat obligata pro restitutione dotis alterius domine Francisce uxoris dicti Zenobii. Ergo videtur quod Dominicus non possit agere ad ista bona, quia si obtineret videtur quod quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit ex⟨traneo⟩. Ad hoc breviter respondetur per ea que supra in puncto presupponitur, scilicet ex forma statuti disponitur quod immissus in tenutam auctoritate curie comunis Florentie lucratur fructus ad rationem quinque pro centenario et residuum computetur in sortem, et ideo a forma statuti predicti non est revocandum, ut l. constitutionibus in fi. ff. ad municipalem (91), etiam si esset dux ut ⟨l.⟩ prospexit ff. qui et a quibus (92). Si ergo tenutam habuit a curia comunis Florentie, ut ipsa allegat, cum tantum perceperit ex fructibus dictorum bonorum supra quinque pro centenario quod satisfactum est obligationi principali dotis domine Francisce uxoris Zenobii, sequitur quod satisfactum est dicte doti et bona [413v] et persone que pro eius dotis restitutione erant obligata remanent liberata, quia solutione eius quod debetur omnis tollitur obligatio, ut institu. qui. mo. tol. obli. in prin. (93). Ex quibus concluditur quod predicta bona remanent tamen obligata

(84) D. 37. 11. 11, 12.
(85) D. 29. 1. 19.
(86) D. 32. [1]. 1, 1.
(87) BALDUS, to D. 48. 10. 27, *In secundam digesti novi*, ed. cit., fol. 98va.
(88) C. 4. 20. 20.
(89) BARTOLUS, to C. 2. 1. 2, loc. cit.
(90) D. 12. 2. 7 and D. 12. 2. 8.
(91) D. 50. 1. 24.
(92) D. 40. 9. 12.
(93) I. 3. 29.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pro dicto laudo et non sunt amplius obligata pro restitutione dotis domine Francisce uxoris Zenobii, et sic pro hoc non possent per dictam dominam Antoniam vel per alterum eius nomine retineri. Laus deo.

Ego Bonaccursius de Montemagno, civis et advocatus florentinus et legum doctor, puto iuris esse, ut supra scriptum est, et ad fidem me subscripsi ⟨et⟩ sigillavi. 1425 die 16 Januarii, Florentie.

In Christi nomine, amen. Circa articulum illum an capitulum malefidei possessor locum habeat in debito personali, ad presens ex causa nichil tanquam nec me ad aliquam opy⟨nionem⟩ adstringo. In ceteris autem conclusionibus, Ego Nellus de Sancto Geminiano, civis florentinus et legum doctor, assentio egregio legum doctori et maiori honorabili domino Bonaccursio predicto per iura et rationes per ipsum allegatas, ac etiam quia tenendo proavie dotis dictus Franciscus non dicitur possessor, et sic non habent locum statuta de possessione loquentia. In cuius fidem propria manu subscripsi et sigillavi. Florentie, die 13 Februarii 1425.

Christus

Ego Johannes Geronomi de Eugubio, civis et advocatus florentinus, legum doctor, requisitus a subscriptione, dumtaxat puto iuris esse prout supra subscripsit eximius doctor dominus Nellus, ad alia me non adstringens, et ad fidem subscripsi et sigilo consueto sigillavi, salvo saniori iudicio cui me subicio semper, Florentie, die 14 Februarii 1425.

[414r] Yhesu Christi ac eius matris virginis gloriose nominibus. Repetens conclusionem prelibati egregii doctoris domini Bonaccursii, puto de iure precedere in primo quod dubio, quia dictus Zenobius habuit scientiam dicti laudi et sic scivit se fore debitorem non potuit prescribere, non obstante regula c. fi. de prescrip. (94), que loquitur doctrinam generalem, tradendo quod omne quod non est ex fide peccatum ⟨est⟩. Sive ergo simus in prescriptionibus in quibus sit possessio ex parte prescribentis, sive non. Procedit illa regula tradita in dicto c. fi. impediendo cursum prescriptionis non causate ab extremo bone fidei. Et licet opy⟨nio⟩ Bar⟨toli⟩ sit in dicta l. sequitur § si viam ff. de usuca. (95) quod in prescriptionibus in quibus non requiritur ad prescriptionem possessio, ut in obligationibus personalibus et in prescriptione libertatis contra servitutem, ubi non requiritur hominis factum, quod currit prescriptio etiam in existente in mala fide, quia ex quo prescriptio currit pure extremis residentibus in personam eius contra quem vel ex negligentia eius, non extremis (96) eius residentibus in personam prescribentis, sed ubi prescribens querit quia ille perdit non requiritur bona fides. Quod dictum attribuitur orriginaliter [sic]. Ymo

(94) X. 2. 26. 20.
(95) Bartolus, to D. 41. 3. 4, 26 (27), ed. cit., vol. 5, fols. 99ra-rb.
(96) cu *cancelled*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in c. cura de iure pa. (97), ut sic c. possessor malefide (98) corrigat ius civile in prescriptione, ubi requiritur possessio. Sed ut dixi istud dictum non sustentatur per dictum c. fi. (99), et ideo, quia negligentia creditoris non ablevat malam conscientiam debitoris. Et hanc partem videtur tenuisse Bal⟨dus⟩ in quadam disputatione quam ipse fecit Padue, que incipit quod fenerator non audiatur per quinquennium. Et hanc questionem doctor magne excellentie dominus meus Dominus Antonius de Butrio in sua publica disputatione firmavit, me sub eo respondente (100). Stat ergo questio quod dictus Zenobius condempnatur ex laudo, qui novit se debitorem fore, prescribere non potuit nec ignorantia in eodem potuit presumi, quia in proprio facto ut l. fi. ff. pro suo (101) et in c. ab excomunicato de (102) rescrip. (103). Et ex hoc sequitur quod statutum florentinum permittens prescriptiones non est presummendum quod permiserit prescriptiones currere (104) cum peccato. Intelligatur ergo in prescriptionibus a bona fide causatis. Dico ulterius quod quatenus tractatur de prescribendo contra Dominicum quod tempus absentie sue ducitur, nec curo utrum absentia fuerit voluntaria vel necessaria, primo quia statutum loquitur simpliciter et generaliter. Ergo generaliter intelligendum ut l. i § generaliter ff. de lega. prestans. (105) et in l. in fraudem ff. de mili. te (106). Secundo quia ratio quare statutum noluit absentibus prescriptionem non (107) currere, et sic tempus subduci de medio, fuit ne in eorum absentia lederetur ex cursu prescriptionis, quia propter absentiam non habuerunt sic commoditatem prescriptionem interru⟨m⟩pendi, sicut in presentia vixit modos traditos in l. cum notissimi C. de prescrip. xxx ann. (108). Et tamen per procuratorem facile esset prescriptionem interrumpere etiam per impedimentum ex necessaria et probabili causa, et tamen tempus non currit, sicque est in absente ex voluntaria causa, ut dicamus tempus non currere, quia statutum simpliciter ponderat absentiam quo ad impedimentum cursum prescriptionis per rationes plenarie tactas per primum consulentem. Dico ulterius quod testes recepti et examinati in supradicta causa inter easdem personas recepi, nec variatur iudicium de semipleno ad plenum, ymo ad eumdem fi-

---

(97) X. 3. 38. 11.
(98) VI. [5. 13]. 2.
(99) X. 2. 26. 30.
(100) See ANTONIO DA BUTRIO, to X. 2. 26. 20, *Super secunda secundi decretalium* (Venice 1578; reprint ed., Turin 1967), fols. 115vb-116rb, esp. 115vb.
(101) D. 41. 10. 1.
(102) y *cancelled.*
(103) X. 1. 3. 41.
(104) cum *cancelled.*
(105) D. 37. 5. 1, 1.
(106) D. 29. 1. 15.
(107) cur *cancelled.*
(108) C. 7. 39. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nem et effectum deducuntur quod prosunt, ut probatur in c. causam quae de testi. ([109]), quia regula est quod tales actestationes faciunt fidem inter easdem personas et inter alios quibus preiudicaret sententia, ut sic sit pro regula quod illis, quibus preiudicaret, sententia prodesset, illis preiudicent alia acta et prosint. Hec regula ponitur ibi per Yno⟨centem⟩ ([110]) et per Bar⟨tolum⟩ in l. ii ff. de iudi. sol. ([111]), que regula probatur per tex⟨tum⟩ expressum in c. inter delectos § porro de fide instru. ([112]). Sicque videtur concludendum illas actestationes inter easdem personas receptas fidem facere. Dico etiam quod ultra ea que dicit statutum quod existens in tenutam lucretur quinque pro centenario, quam virtutem facti dotalis non potest sic indistincte omnia sibi appropriare quin in pactum debeant computari per dictum In⟨nocentem⟩ in c. salubriter de usuris per totum ([113]), l. insulam § usuras ff. so. matri. ([114]), quia tale pactum esset usura, tam pravitatem quam usurariam saperet, ideo non servandum ([115]). Non extendo me ulterius quia dominus Bonaccursius plenarie omnia tetigit suam quam conclusionem confirmo. Laus Christo.

Ego Guaspar olim Lodovici Bartoli de Lodovicis de Florentia, doctor minimus utriusque iuris consulo, ut superius dictum et quod consultum est per suprascriptos egregios doctores. Ideo me suscripsi et sigillavi, anno domini m° cccc° xxv°, die 15 Marzii.

[414v] In Christi nomine, amen. Semper tenui quod existens in mala fide qui non prescribat actum et alia iura, in quibus ad prescriptionem non requiritur possessio, per rationem textus in dicto c. ultimo de prescript. ([116]) et sic pluribus iuribus consului. Et contra clarum et indubitatum videtur de iure canonico quod etiam in foro seculari servari debet in cetera quia in mitificantibus et cum est in utibus peccatum ius civile cedit canonico, ut no. Jo⟨hannes⟩ An⟨dreae⟩ in c. possessor malefidei de regulis iuris li⟨bro⟩ ([117]), et hanc opy⟨nionem⟩ etiam firmat doctor excellentissimus Dominus Johannes de Ymola in dicto c. ultimo de prescript. ([118]). Nec diuturnitas temporis ipsum debitorem a mala fide et pecato eximit, ymo potius peccatum et malam fidem auget, ut singulariter probat textus in c. ultimo de consue. ([119]),

---

([109]) X. 2. 20. 11.
([110]) Innocentius IV, to X. 2. 20. 11, *Commentaria in V libros decretalium*, ed. cit., fols. 256rb-va.
([111]) D. 46. 7. 2.
([112]) X. 2. 22. 6.
([113]) X. 5. 19. 16.
([114]) D. 24. 3. 42. 2.
([115]) Dico ... servandum *margin.*
([116]) X. 2. 26. 20.
([117]) VI. [5. 13]. 2.
([118]) Giovanni da Imola, to X. 2. 26. 20, *In secundum decretalium commentaria* (Venice 1575), fols. 97rb-99va.
([119]) X. 1. 4. 11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ubi textus dicit quod tanto graviora sunt ([120]) peccata. Quia omnibus alie ([121]) conclusis per prefatum eximium doctorem Dominum Bonacursium fratrem meum honorabilem asentio. Ideo ([122]) dico et consulo prout per ipsum dominum Bonacursium consultum est, ego Michael de Acultis, civis ar⟨e⟩tinus et legum doctor, salvo semper saniori iudicio et ad fidem premissorum me subscripsi et meo solito sigillo sigillavi.

Marriage of Checca to Jacopo di Tommaso Tani.

Source: Notarile antecosimiano G212, fols. 200v-201r.

Item postea dictis anno [1425] et indictione et die nona julii. Actum Florentie in populo Sancte Marie supra Arnum, presentibus testibus ad hec vocatis, habitis, et rogatis Grezo Francisci de Bardis et Andrea Lippacci de Bardis, ambobus populi Sancte Lucie de magnolis de Florentia, et Juliano Francisci ser Gini, populi Sancti Laurentii de Florentia, et aliis pluribus. Domina Checca, filia Dominici Zenobii [201r] Cecchi, populi Sancte Marie supra Arnum de Florentia, ex parte una, et Jacopus Tommasii Tani, populi Sancti Laurentii de Florentia, ex parte alia, per verba de presenti et anuli dationem et receptionem matrimonium ad invicem inter se legitimum contraxerunt.

Purchase and Cession of Property by Domenico di Zanobi Fraschi.

Source: ibid., fols. 269v-270v.

Item postea dictis anno [1427 n.s.] et indictione et die quartadecima januarii. Actum Florentie in populo Sancte Marie supra portam, presentibus testibus ad hec vocatis, habitis, et rogatis Bandino Bonaccursi da Boscolis, populi Sancti Proculi de Florentia, et Francisco Tommasii Francisci de Medicis, populi Sancti Petri maioris de Florentia, et al.

Certum esse dicitur quod de anno domini ab eius incarnatione millesimo trecentesimo nonagesimo secundo, indictione xv, et de mense maii dicti anni, domina Johanna vidua, uxor olim Daldi Cantini, cum legitimo consensu sui legitimi mundualdi, et Franciscus filius dicte domine et dicti olim Daldi ([123]), ambo populi Sancti Christofani del corso de Florentia, et Pierus Jacopi Martini, populi Sancte Marie nepotum cose de Florentia, et quilibet eorum in solidum fuerunt confessi et contenti habuisse et recepisse a Filippo quondam Loysii de Quarantensibus de Florentia, dante et solvente in dotem et nomine

---

([120]) crimina *cancelled.*
([121]) inserted above.
([122]) inserted above.
([123]) et Pierus Jacopi Martini *cancelled.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dotis domine Antonie, sororis dicti Filippi et filie dicti olim Loysii, et uxoris dicti Francisci Daldi, florenos sexcentos quinquaginta auri ponderis communis Florentie. Quapropter dicti Franciscus, domina Antonia [sic], et Pierus fecerunt dicte domine Antonie donationem propter nuptias de libris quinquaginta sp. Quas dotem et donationem dicta domina Johanna, dicto consensu, et dicti Franciscus et Pierus (124) et quilibet eorum in solidum promiserunt dicto Filippo recipienti et stipulanti pro dicta domina Antonia reddere et restituere dicte domine Antonie in omni casu et eventu dicte doti reddende et donationi solvente, constante matrimonio vel soluto, et in predictis debitas, usitatas, et requisatas promissiones, obligationes, et renuntiationes fecerunt et super predictis preceptum guarentigie receperunt prout hec et alia in publico instrumento dicte dotis plenius et latius continentur. Et certum esse dicitur quod dictus Franciscus, vir et maritus dicte domine, mortuus est et decessit ante mensem octobris anni domini mccccvigesimi quarti, superstite et supervivente dicta domina Antonia, eius uxore predicta, et nullis relictis filiis vel descendentibus ex dicta domina Antonia et dicto Francisco. Et certum esse dicitur quod postea de dicto anno mccccxxquarto et mense octobris dicti anni dicta domina Antonia per suum procuratorem (125) pro executione dicti instrumenti dotis, de quo supra fit mentio, meruit et habuit tenutam et pronuntiationem tenute a curia communis Florentie et domini iudicis collegialis quarterii Sancti Johannis et Sancte Marie novelle, tunc domini potestatis Florentie. Et vigore dicte pronuntiationis per nuntium publicum communis Florentie Macteus Dominici spetiarius, populi Sancti Christofani predicti, procuratore et procuratorio nomine dicte domine Antonie immissus fuit in tenutam quamplurium bonorum hereditariorum dicti olim Francisci, prout predicta et alia plura circa predicta in actis et libris actorum communis Florentie et dicti tunc iudicis collegialis seriosim continentur. Et certum esse dicitur quod de anno presenti et die 2° mensis maii proxime preterita dicta domina Antonia, cum legitimo consensu sui mundualdi, dedit, cessit, et transtulit et mandavit dicto Piero Jacopi (126) Martini, obligato ad dictam dotem, de qua supra fit mentio, ius et nomen dicte dotis, videlicet: usque solum et dumtaxat in quantitatem et pro quantitate florenorum quatuor centorum sedecim auri, quos dicta domina asserebat se debere et restare habere ex dicta sua dote, et omnia iura dicte sue dotis usque in dictam quantitatem. Et posuit dictum Pierum (127) in loco suo dicte domine et fecit eum procuratorem in rem suam etc. Et hoc ideo fecit quia confessa fuit et recongnovit sibi a dicto Piero de dicta quan-

(124) proc *cancelled.*
(125) manda *cancelled.*
(126) *interpollated above.*
(127) pro *cancelled.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

titate florenorum quadringentorum sedecim auri fuisse et esse integre soluta et satisfacta, prout predicta et alia in publico instrumento dicte cessionis plenius et latius continentur.

Unde hodie hac presenti suprascripta die, dictus Pierus Jacopi Martini cessionarius predictus ex causa et titulo (128) [270r] venditionis, dedit, cessit, transtulit et mandavit (129) Dominico olim Zenobii Cecchi Fraschi, populi Sancte Marie supra Arnum de Florentia, presenti, ementi, recipienti, et stipulanti pro se et suis heredibus et seu pro illa vel illis persona vel personis quam vel quas dictus Dominicus nominaverit, et ipsius nominandi herede, omnia et singula suprascripta iura et actiones, reales et personales, utiles et directas, mixtas et tacitas et expressas, et alias quascunque dicto Piero quomodolibet competentes et competituras, vigore (130) occaxione, causa, vel pretextu dicte dotis dicte domine Antonie et tenute et cessionis, de quibus supra fit mentio, et dependentibus et connexis ab eis, et omnia et singula iura et actiones que dictus Pierus habebat vel habere poterat occaxione, causa, vel pretextu dicte dotis et cessionis et instrumenti et iurium, de quibus supra fit mentio, et contentorum in eis, ac (131) etiam ius petendi fructus dictorum bonorum in quibus dicta domina Antonia per suum procuratorem immissa fuit, ut prefertur, et dicte olim [sic] domine Antonie et postea dicto Piero debitori, secundum formam statutorum, solum et dumtaxat usque in quantitatem florenorum vigintisex auri et non ultra, et omnia iura sibi Piero predictis fructibus competentia et competitura. Et fecit, constituit, et seu substituit et ordinavit dictus Pierus dictum Dominicum et quemcunque nominandum per dictum Dominicum procuratorem in rem suam et posuit ipsum in locum suum, ita quod admodo suo nomine proprio, actionibus utilibus et directis, et aliis quibuscunque, dictus Dominicus et nominandus ab eo possint et valeant dictis iuribus et actionibus uti, et propterea agere, experiri, excipere, replicare, consequi, et se tueri et sortem, penam, dampna, expensas, et interesse et bona obligata petere et omnia et singula in iudicio et extra facere que ipsemet Pierus ante presentem cessionem facere poterat et que facere possit si presens cessio facta non esset. Et promisit et solempni stipulatione convenit dictus Pierus per se et suos heredes dicto Dominico ibidem presenti, recipienti, et stipulanti pro se et suis heredibus, et pro eo vel eis quem vel quos nominaverit, et ipsius nominandi herede, se ipsum Pierum fuisse et esse verum creditorem dictorum iurium cessorum et se dicta iura non fuisse nec alteri cessisse. Et si apparuerit dictum Pierum dicta iura alteri cessisse vel creditorem dictarum quantitatum

---

(128) dict *cancelled.*
(129) Dominico ol *cancelled.*
(130) causa *cancelled.*
(131) etiam ... competitura *interpollated in the margin.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

et iurium tempore presentis cessionis non fuisse promisit et solempni stipulatione convenit dictus Pierus per se et suos heredes dicto Dominico presenti, recipienti, et stipulanti ut supra, dare et solvere et restituere dicto Dominico vel nominandis ab eo vel eorum heredi pretium dupplum infrascripti pretii et quantitatis pene nomine solempni stipulatione in solutione promissa, cum refectione dampnorum et expensarum ac interesse litis et extra, ac etiam promisit et solempni stipulatione convenit dictus Pierus et per se et suos heredes dicto Dominico recipienti et stipulanti ut supra super dictis iuribus et actionibus cessis vel eorum parte aliquam litem, causam, questionem, controversiam, vel molestiam per se vel alium seu alios de iure vel de facto in iudicio vel extra, ullo unquam tempore, non inferre, facere, vel movere, nec inferenti, facienti, vel moventi modo aliquo consentire, sed dicta iura cessa et quamlibet eorum partem eidem Dominico et nominando ab eo et eorum heredi solum et dumtaxat pro omni dato et facto obligato contractu vel negotio dicti Pieri et non ultra vel aliter quoquo modo defendere, autorizare, et disbrigare, et modis omnibus expedire ab omni homine et persona, loco, communi, collegio, et universitate, et maxime et nominatim (132) de iure et de facto a communi Florentie et quibuscunque offitialibus presentibus vel futuris dicti communis seu predicto communi constitutus vel constituentis omnibus et singulis dicti Pieri et eius heredum in quolibet casuum predictorum propriis sumptibus laboribus et expensis procuratore, advocato, et aliorum quorumcunque. Quam cessionem et omnia et singula suprascripta promisit et solempni stipulatione convenit dictus Pierus per se et suos heredes dicto Dominico presenti et recipienti ut supra propterea firma et rata habere, tenere, observare, adtendere, et adimplere, et contra nullo modo dare, facere, vel venire per se vel alium seu alios aliquam rationem, iura, modos (133) vel causam, de iure vel de facto, in iudicio vel extra, sub pena et ad penam duppli infrascripti pretii et quantitatis solempni stipulatione in singulis et pro singulis suprascriptis in solidum promissa et legitime stipulata, qua pena soluta vel non in dupplo, firma et rata maneant omnia et singula suprascripta, et que pena taliter commictatur et peti et exiri possit et valeat cum effectu quotiens in singulis predictis contrafactum fuerit, vel ventum, vel ut dictum est cum effectu, non fuerit observatum, et sub restitutione dampnorum et expensarum ac interesse litis et extra. Pro quibus omnibus et singulis observandis et perpetuo firmis et ratis habendis et tenendis et pro dicta pena solvenda, si et quotiens commissa fuerit, obligavit dictus Pierus dicto Dominico presenti, recipienti, et stipulanti ut supra se ipsum et eius heredes et bona omnia et singula presentia et futura pro qua vero cessione et pretio dictorum iurium venditorum et pro

(132) de iure et de facto *interpollated in the margin.*
(133) *interpollated above.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

omnibus et singulis suprascriptis dictus Dominicus dicto nomine in presentia mei notarii et testium [270v] suprascriptorum dedit, solvit, et numeravit dicto Piero florenos quatuorcentum quinquaginta (134) [sic] duos auri ponderis et coniati florentie, renuntians dictus Pierus in predictis omnibus et singulis suprascriptis exceptioni sibi non dati, non soluti, et non numerati dicti pretii et quantitatis florenorum quadragentorum quadraginta duorum auri, et non sic facte dicte cessionis et non sic facti et celebrati contractus et instrumenti rei non sic geste doli mali in factum, actioni, conditioni, sine causa et ex iniusta causa omnique alii legum, iurium, et constitutionum auxilio, benefitio, vel favori, et legi dicenti generalem renuntiationem non valere. Cui Piero ibidem presenti et predicta omnia et singula suprascripta sic valenti, confitenti, et consentienti, ego F⟨ranciscus⟩, iudex ordinarius et notarius, infrascriptis precepi per guarantigiam, nomina iuramenti, prout michi licuit et licet ex forma statutorum et ordinamentorum communis florentie de guarantigia loquentium, quatenus predicta omnia et singula supra per (135) ipsum Pierum promissa, gesta, et facta adtendat, faciat, firma teneat, et observet in omnibus et per omnia, prout et sicut supra promisit, continetur et scriptum est.

Item postea dictis anno, indictione, et die sextadecima januarii. Actum Florentie in populo Sancti Laurentii, presentibus testibus ad hec vocatis, habitis, et rogatis, Johanne Pieri Arrigi et Marco Bartolomei aurifici, ambobus dicti populi Sancti Laurentii de Florentia, et al.

Suprascriptus Dominicus Zenobii Cecchi cessionarius et emptor suprascriptus, volens agnoscere bonam fidem, constitutus in presentia domine (136) Francische, alias vocate Checche, filie emancippate dicti Dominici et uxoris Jacopi Tommasii Tani dicti populi Sancti Laurentii, nominavit dictam dominam Franciscam eius filiam in emptricem et cessionariam suprascriptorum iurium et actionum sibi Dominico de quartadecima presentis mensis cessarum et seu venditarum per dictum Pierum Jacopi Martini, ut supra patet in suprascripto instrumento cessionis, manu mei notarii infrascripti, ut prefertur, rogati, et dixit et recognovit dictus Dominicus dictam cessionem et omnia et singula in suprascripto instrumento cessionis per dictum Dominicum recepta et stipulata recepisse et stipulasse et fecisse re vera pro dicta domina Francisca et vice et nomine dicte domine Francische, et dictos florenos quactuor centos quadraginta duos solvisse et numerasse de propria pecunia ipsius domine Francische. Et hec presentia dicte domine Francische et cum legitimo consensu dicti Jacopi eius viri dictam nominationem et cessionem et omnia et singula suprascripta ratificante et

(134) aur *cancelled.*
(135) dic *cancelled.*
(136) Checche *cancelled.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adceptante ([137]) sine preiudicio alicuius iuris dicte domine Francische et non preiudicando per predicta alicui iuri dicte domine Francische rogant me Franciscum notarium infrascriptum ut de predictis publicum conficere instrumentum.

Substitution of Domenico Fraschi as Procurator.

Source: ibid., fol. 278r.

Item postea dictis anno [1427], indictione et die [13 March]. Actum Florentie in populo Sancte Margherite de Florentia, presentibus testibus rogatis ser Piero ser Antonii Laurentii et ser Michaele Johannis Jacopi Banchi, notariis florentinis, et aliis.

Ser Loysius ser Michaelis Guidi, notarius florentinus, procurator et procuratorio nomine domine Francische, filie Dominici Zenobii Cecchi et uxoris Jacopi Tommasi Tani, ut de procuratione constat manu mei Francisci, notarii infrascripti, substituit et loco suo posuit etc. Dominicum Zenobii, patrem dicte domine etc. ad omnia et singula que habuit in mandato etc. Rogamus etc.

Domenico Fraschi Appoints Procuratores.

Source: ibid., fol. 360r.

Item postea dictis anno [1428], indictione, et die decima octava Augusti. Actum Florentie populo Sancte Marie supra Arnum, presentibus testibus ad hec vocatis, habitis, et rogatis Paulo Johannis Andree dicti populi Sancte Marie et Nanne Luce ([138]) textore drapporum populi Sancti Felicis in piaza de Florentia, et aliis.

Dominicus olim Zenobii Cecchi Frasche aldimari, ad presens dicti populi Sancte Marie supra Arnum, non revocandum etc. fecit suos procuratores etc. Andream et Larionem Lippacci de Bardis de Florentia et Jacopum Tommasi Tani, generum suum, et quemlibet in solidum etc. Ad agendum ⟨et⟩ causandum etc. Item ad petendum et exigendum denarios montis etc. et finiendum etc. Et ad permutandum denarios montis etc. et dandum licentiam scribanis etc. Item ad petendum et exigendum omnes alias quantitates et finiendum etc. Item ad locandum etc. et vendendum etc. et pretium recipiendum etc. et cuicunque creditori solvendum etc. Item ad componendum et transigendum etc. Item ad faciendum compromissum etc. Item ad substituendum etc. Et generaliter ad omnia sua negotia faciendum et etc. Dans etc. promictens etc. Sub ypoteca etc. Et voluit presens manda-

([137]) sine ... iuri ... Francische *interpollated in the margin.*
([138]) testorum *cancelled.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tum durare et vires habere post mortem et adita vel non adita hereditate etc. et liberavit procuratores a ratione reddende administrationis etc. (139).

Catasto Declaration of Domenico Fraschi, 1427.

Source: ASF, Catasto 79, fols. 421v-422r.

Sustanze e incarichi di
Domenico di Zanobi di Cieccho, a di prestanzone fiorini 4. 17. 4

Uno poderetto posto, chon chasa da singniore, posto in Mugiello, luogho detto al Poggio, popolo di Sa' Martino e di San Chiricho a Uliveta, pivieri di San Chresci a Valchava, da primo via, a 2º rede di Iacopo Risaliti, 3º via, 4º Checcho di Donato da Pescia. Lavoralo Nanni di Pagholo e à di presta da me lire 29 piccioli.
grano staia quatro: per soldi 15 lo staio monta L. 3
vino barili venti: per soldi 28 lo barile monta L. 28
Soma la rendita lire 31 s. d. : per soldi 80 il fiorino monta f. 7 s. 15: a 7 per cento a rendita, vale f. 110 s. 14 d. 4

Uno luogho chonperai a vita di me e della donna mia, chon chaxa da singniore, posto nel popolo di Santa Margherita a Montici, luogho detto al Poggio, da primo e 2º, 3º, 4º via e rede di Filippo Sapiti. Lavorane parte Stefano e Nencio di Michele, e ànno di prestanza fiorini xxi s. x ore e lire lxxxv s. xviii piccioli e uno paio di buoi di valuta di fiorini 18.
Uno asino di valuta di fiorini cinque d'oro f. 5
grano staia quarantacinque: per s. 17 lo staio monta L. 38 s. 5 piccioli
vino barili trenta: per s. 26 lo barile monta L. 39 piccioli
onzo staia otto: per s. 8 lo staio monta L. 3 s. 4 piccioli
fave staia sei: per s. 8 lo staio monta L. 2 s. 8 piccioli
olio mezzo orcio: per s. 100 l'orcio monta L. 2 s. 10 piccioli
charne libre ciento cinquanta: per s. 100 lo ciento monta L. 7 s. 10 piccioli
chapponi paia due: per s. 20 lo paio monta L. 2 piccioli
hova serque dieci: per s. 2 la serqua monta L. 1 piccioli
Soma la rendita L. 95 s. 17 d. : per s. 80 il fiorino, monta f. 23 s. 19 d. 3: a 7 per cento a rendita, vale f. 342 s. 7
Lavorala Iachopo di Piero, detto Ghrasselino, e à di prestanza lire cl s. 13 d. vi piccioli. Rendemi:
grano staia venticinque: per s. 17 lo staio monta L. 21 s. 5 d. piccioli
vino barili ventisei: per s. 26 lo barile monta L. 33 s. 16 d. piccioli
orzo staia tre: per s. 8 lo staio monta L. 1 s. 4 d. piccioli

(139) Revocata per dictum Dominicum, die xviii Januarii mcccxxxii, ut patet manu mei Piero [sic] Johannis. Ideo non publicetur. *inserted in the margin in a different hand.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fave staia quatro: per s. 8 lo staio monta L. 1 s. 12 d. piccioli
olio quarto di uno orzio: per s. 100 l'orcio monta L. 1 s. 5 d. piccioli
charne libre ciento cinquanta: per s. 100 lo ciento monta L. 7 s. 10 d. piccioli
chapponi paia due e serque x d'hova, per tutto montano L. 3 s. d. piccioli
Soma la rendita L. 69 s. 12 d. : per s. 80 il fiorino, monta f. 17, s. 8: a 7 per cento a rendita, vale f. 248 s. 11. d. 4

[Debitori]

Da Pietro di Giovanni di Chianti, che furono lavoratori in detto luogho, che ss'è ito con Dio, lire clx piccioli: folli perduti f.
Da Nanni di Giusto, fu mio lavoratore, èssene ito, lire xxvi f. 6 s. 10
Da Riposo di Giovanni di Marema di Pixa, di più tenpo fa, lire cxx f. 30
Da più persone di Maremma di Pisa: saccha lxx di grano che sono a comune tra Ubaldino Ghuaschoni e me, che gli facciamo perduti. che assai vena neghono e chosterebbe più le spexe che quello se ne ritraesse f.
Da Piero del Barbiere e nipoti abiamo avere Ubaldino ed io L. xxxiii s. xvii piccioli, tocchagli f. 4 s. 3
Fiorini 904 e s. di Monte Chomune, vagliono San Giovanni, nel detto popolo f. 452
fior. 39 e s. 19 a oro di paghe sostenute dal '15 al '19, alle 146 migliaia f. 16
fior. 40 e s. 15 a oro di paghe sostenute dal '19 al '23, alle 119 migliaia f. 6 s. 2
fior. 3 e s. 6 d. 9 a oro di paghe sostenute, dal '15 al '16, interi f. 3 s. 6 d. 9

Somma f. 1224 s. 14 d. 5

[422r] Una chasa posta in sulla piazza di Santa Liperata, a piè del chanpanile, che da primo e secondo via, 3° . Tiella a pigione ser Bonachorso di Piero, notaio al'Arte de' Vinattieri, e damene l'anno fiorini xxii, che a 7 per cento a rendita vale fiorini f. 314 s. 5 d. 8 oro
Dalle rede e beni di Francescho di Daldo, per una sentenzia ebbi al'Arte di Porta Santa Maria di fiorini cl d'oro f. 150

Somma f. 464 s. 5 d. 8

Incharichi

Fo d'avillaro l'anno a Lippo di Vanni Ruciellai, staia tre di grano f. 8

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Fo d'avillaro l'anno alle rede di Iachopo Risaliti staia tre di grano f. 8
Per pali e channe per le perghole e vingnie chosto⟨n⟩mi assai però il forte sono perghole e per sovercio e su cierume, per tutto f. 64
Averardo de' Medici e chonpagni fiorini ccccxlii d'oro e gl'interessi f. 442
A lloro detti fior. otto ciento sedici s. xii a fiorino e gl'interessi f. 816 s. 10
A lloro detti fior. sesantatre s. xiii a fiorino e gl'interessi f. 63 s. 9 d. 4
Tengho una chasa a pigione delle rede di Ricchardo de' Bardi, posta nel popolo di S. Maria sopra Arno, da primo via, 2º Arno, 3º Bernardo di Ciandrello, e done loro fiorini xii d'oro f. 171 s. 8 d. 6

Teste

Domenico di Zanobi, d'età d'anni lxiiii f. 200
monna Antonia mia donna, d'età d'anni xlviii f. 200
Sommario tutti incharichi in questa ... f. 1973 s. 7 d. 10
Sommario tutte sustanze nella facc⟨i⟩a di sotto ... f. 1224 s. 14 d. 5
Sommario sustante in questa facc⟨i⟩a di sopra .. f. 464 s. 5 d. 8

Sommario tutte sustanze .... f. 1689 s. 0 d. 1

Manchagli f. 274 s. 6 d. 9

Composto in soldi 10

A Consilium of Tommaso Orlandi Allowing Prescription (ca. 1380).

Source: BNF, Panciatichiano 139, fol. 290r.

The following *consilium*, a copy of which survives in a Florentine manuscript, illustrates that prescription was indeed allowed on occasion. In this particular case, the holders of the property seem to have had a claim to title, rather then mere detention. What is curious is that title is never invoked in defense of the holders. Instead time is carefully computed to establish prescription. The woman's first husband, it would appear, did not have a clear right to effect the division of her property as he did in 1347. Nevertheless, the modes of acquisition by division and sale, if not amounting to transfer of title, are taken by Orlandi as indicative of good faith on the part of the *praescribentes*. He avoids looking at Schiatta's « title » to see if it amounts to possession or detention. The circumstances of the sale would also explain the reason the *fideiussores*, securities came into question and why the officials of Or San Michele were interested in the outcome.

Orlandi's *consilium* does not seem as receptive to the familial dimension of property, nor does it refer in any way to the Florentine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

statutes. It weighs the facts of use and possession in the light of civil law. Insofar as there is any voluntaristic side to Orlandi's treatment of the case, it would lie in the noted negligence of Madalena in not acting for over thirty-nine years.

Orlandi himself (fl. 1385-1404) (140) was, like Montemagno and his colleagues, an outsider to Florence. However, in this case he worked alone and produced a very brief opinion containing only ten citations. Only three authoritative sources were mentioned: Riccardo da Saliceto, Bartolus, and the *Glossa ordinaria*. Orlandi used them to anchor his findings in an authoritative base, to corroborate his position. He did not use them to frame a legal problem, as Montemagno used Bartolus and Giovanni d'Andrea on the issue of good faith in prescription of obligations. The forty-five years between this and Montemagno's *consilium* witnessed quite an expansion and development of the genre (141).

Quedam domina Tice, uxor olim Bartoli Boninsegne populi Sancte Marie novelle de Florentia, emit a domina Gemma, uxore olim Cini de Bardis, quoddam podere cum capanna, vinea, cum canneto et terris laboratoriis positum in populo Sancti Petri a Silicciano loco dicto Dogaria o vero Pantano pro certo pretio. Post predicta dicta domina Tice cepit in secundum virum Arrigum, ex quo genuit Zenobium, qui Zenobius genuit dominam Magdalenam. Mortua domina Tice que dictum podere tenuit multo tempore, dictus Zenobius tenuit post mortem dicte domine Ticis toto tempore sue vite. Tandem ipse decessit relicta post se dicta domina Magdalena filia sua ante annos domini ab eius incarnatione mcccxlviii, et nullo alio filio masculo post se relicto. Tunc ante mortem dicte domine Ticis patet quod ipsa donavit dicto Zenobio medietatem dicti poderis pro indiviso recipienti et stipulanti pro dicta domina Magdalena filia dicti Zenobii, ut patet manu ser Pieri Mazecti. Postea reperitur quod Schiacta, filius condam ser Johannis Lapi Spade, litigavit dictum podere, non tamen per eadem confinia designata, dicte domine Magdalene tunc (142) adulte, et quidam Filippus eius curator comparuit ad defensam pro dicta medietate dicti poderis in favorem et utilitatem dicte domine Magdalene. Postea Martinus Vannis primus maritus dicte domine Magdalene in anno domini mcccxlvii de mense septembris divisit dictum podere cum dicto Schiacta, et cuilibet ipsorum fuit assignata medietas dicti poderis, ut patet manu ser Stefani Ghini de Montaio. Post predicta dictus Schiacta in eodem anno die xxii mensis januarii vendidit dictam medietatem dicti poderis Mannello, filio condam Landi Guidetti, et

(140) MARTINES, *Lawyers*, p. 498.

(141) LOMBARDI, pp. 143-148; BELLOMO, *Società e istituzioni*, pp. 475-479; Alan WATSON, *The Making of the Civil Law* (Cambridge, Mass. 1981), pp. 39-52.

(142) p *cancelled*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quasdam alias possessiones pro certo pretio et in possessionem dictarum possessionum misit dictum Mannellum, et dominus Ugo Locteringhi et ser Pierus condam Maconis extiterunt fideiussores (143) pro dicta venditione dicto Schiacte, cui domino Ugoni successerunt in eius hereditatem Andreas et Giovenchus filii sui et dicto ser Piero successit heres sotietas Beate Marie Virginis Sancti Michaelis in orto. Nunc vero Salvadore et Bartolus Christiani et Niccolo Rinaldi, omnes populi Sancti Martini la palma, tenent et possident dictas possessiones et seu dictum medium podere tanquam heredes dicti Mannelli vel tanquam habentes titulum vel causam a dicto Mannello, a quibus dicta domina Magdalena tanquam heres dicte domine Ticis et dicti Zenobii, ut de eius aditione et inmistione patet manu ser Johannis Cecchi Tempi, petit dictam medietatem dicti poderis. Contra quam ipsi opponunt prescriptionem, dicentes quod inter se et auctores suos, videlicet dictum Schiactam et dictum Mannellum, tenuerunt et possiderunt dictam medietatem dicti poderis ab anno domini mcccxlvii de mense septembris et citra continue et per ipsum tempus pro suo et tanquam suum bona fide et iustis titulis. Queritur modo nunquid ex dicta prescriptione possit legiptime se tueri vel non. Et si postea legiptime se tueri an fideiussores vel eorum heredes possit dicta de causa in aliquo molestari vel non, consulatur quid iuris.

In christi nomine eiusque matris marie virginis gloriose, amen. In questione suprascripta dico indubitanter dictos Salvadorem, Bartolum, et Niccolaum non posse iuridice et effectualiter a dicta domina Magdalena inquietari (144) occasione dicte dimidie dicti poderis. Primo quia ipsa inmiscuit se in hereditatem Zenobii patris sui et adivit hereditatem domine Ticis (145) avie sue sub annis domini mccclxxviiii die xxiii mensis octubris (146), ut patet publico instrumento manu ser Johannis, filii condam Cecchi Tempi de Vincio, et dicta domina Tice decessit in mcccxl vel circa (147), ut patet in capitulis inductis per dictam dominam Magdalenam in tertio capitulo, et dictus Zenobius decessit ante annos domini mcccxlviii. Et sic patet quod inter mortem domine Ticis et aditionem dicte hereditatis factam per dictam dominam Magdalenam transierunt anni xxxviiii, et inter mortem Zenobii et inmistionem factam in sua hereditate per dictam dominam (148) Magdalenam transierunt anni xxx et plus. Ergo prescriptum est iuri adeundi et se immiscendi in dictis hereditatibus singula singulis referendo (149), quia omnis actio tollitur spatio xxx annorum, ut C. de consti. pecu. l. ii (150)

(143) dicto Mannello *cancelled.*
(144) e *cancelled.*
(145) m *cancelled.*
(146) et dicta d *cancelled.*
(147) Item d *cancelled.*
(148) Ticem *cancelled.*
(149) ut C. de *cancelled.*
(150) C. 4. 18. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

et de pres. xxx vel xl an. l. sicut et l. omnes (151), quod sit eidem domine Magdalene prescriptum ius se inmiscendi in dicta hereditate dicti Zenobii et adeundi hereditatem domine Ticis, no. glo. in l. licet et in l. si curatoris C. de iure deli. (152) et in eisdem dominus Riccardus de Saliceto (153) et no. glo. in l. cum antiquioribus (154) in glo. magna facit C. de p. her. l. hereditatis (155) et sic tanquam heres predictorum petere non potest, obstante prescriptione predicta. Secundo quia, posito quod dicta domina Magdalena potuisset adire et se inmiscere in hereditatibus antedictis, tamen postquam illi Salvatore, Bartolus, et Niccolo ipsi et sui auctores, videlicet Schiacta et Mannellus, tenuerunt dictam medietatem dicti poderis circa xxxviiii annos predictis titulis et bona fide, que semper presummitur propter dictos titulos, ut plene no. Bar. in l. celsus ff. de usuca. (156), dico quod dicta domina Magdalena excluditur a petitione predicta, ut dicta l. sicut et dicta l. omnes (157) C. de pres. xxx vel xl an. (158). Heredes vero successorum non puto posse in aliquo molestari nisi ut capiant defensionem pro dictis Salvadore, Bartolo, et Niccolo iuxta formam promissionis ipsorum domini Ugonis et ser Pieri et dicti Schiacte. Non promisit dictus Schiacta dicto emptori defendere, auctorizare, et disbrigare dicta bona eidem stipulanti et recipienti pro se ipso et suis heredibus vel successoribus vel habentibus ius vel causam ab eo omnibus suis sumptibus et expensis, ut pateat in instrumento vendictionis predicte. Et dicti fideiussores promiserunt facere et curare quod dictus venditor adimpleret et observaret omnia supradicta, ut patet in instrumento dicte fideiussionis. Igitur dicta pacta servari debent quid enim tam congruum est humanefidei quam ea que inter eos placuerunt servare, ut l. i. ff. de pactis (159) et l. iurisgentium § pretor e. ti. cum sy. (160). Et sic ut suprascriptum est videtur mihi Tommasio Michaelis de Orlandis de Piscia, minimo inter advocatos florentinos, de iure dicendum et sic consulo quia mihi de iure consulenda commissa est per dominos capitaneos sotietatis Beate Marie Virginis Sancti Michaeli in orto, salvo semper saniori cui in omnibus me submicto. Et ad fidem predictorum dictum consilium propria manu scripsi et signum mei anuli apposui consuetum.

---

(151) C. 7. 39. 3 and C. 7. 39. 4.
(152) *Glossa ordinaria,* to C. 6. 30. 8 and C. 6. 30. 9.
(153) Riccardo da Saliceto, to C. 6. 30. 8 and C. 6. 30. 9.
(154) *Glossa ordinaria,* to C. 6. 30. 19.
(155) C. 3. 31. 7.
(156) Bartolus, to D. 41. 3. 27, ed. cit., fol. 103ra.
(157) ff. *cancelled.*
(158) C. 6. 30. 8 and C. 6. 30. 9.
(159) D. 2. 14. 1.
(160) D. 2. 14. 7. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

'GRADUS IN DOMINIO' (*)
(Zasius e la teorica del dominio diviso)

1. Tipicità storica dell'approccio di Zasius al problema della proprietà. — 2. La definizione zasiana di *dominium*. — 3. Zasius e la teorica del dominio diviso. — 4. Usufrutto e dominio utile. — 5. Il *dominium utile* come *dominium*. — 6. *Unum dominium* e *duplex dominium* nella visione compositiva di Zasius. — 7. Complessità e aporie del messaggio zasiano.

1. Se è vero, come abbiamo cercato di dimostrare altrove (1), che la dottrina delle proprietà nel diritto comune è frutto di una grande realtà corale che impegna la *scientia iuris* europea, con un lavorio costante, dalla prima esegesi bolognese al primo Cinquecento, è doveroso chiedersi se sia metodologicamente corretto isolare l'attenzione su Zasius, o se più semplicemente si tratti d'una scelta di comodo contrassegnata soltanto dall'arbitrio del ricercatore. Siamo convinti che puntare sul singolo personaggio costituisca sempre per lo storico un grosso rischio culturale e che questo rischio sia ancora più grosso in una cultura giuridica quale quella tedesca all'esordio del secolo sedicesimo dove al ceto dei giuristi continua a spettare il ruolo di protagonista; siamo però anche convinti che un simile procedimento di individualizzazione si legittima singolarmente per quel personaggio singolarissimo che fu Zasius (2).

(*) Si pubblica qui — in diversa redazione — il saggio che, con veste meno ampia e con un ridotto corredo di note (per i limiti di spazio imposti dall'editore), apparirà in 'Satura Roberto Feenstra LXV. annum aetatis complenti'.

(1) Cfr. P. Grossi, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in *Jus*, N.S., XVIII (1967), e *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* (Corso di storia del diritto), Padova, 1968.

(2) Facendo nostra la sensata scelta del suo più provveduto biografo, Rode-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un uomo di transizione, di spartiacque, seduto a un crocevia movimentato e tormentato: cattolico ma non insensibile al grande rinnovamento religioso di quei fertili anni tedeschi (3); fedele agli Asburgo e all'idea imperiale ma immerso fino al collo nella intensa realtà politica dei grandi feudi e delle libere città (4); rispettoso e innamorato della grande tradizione medievale (e particolarmente del diritto canonico) ma partecipe di quelle fresche correnti umanistiche che vivificano tutto l'Oberrhein da Heidelberg a Basel (5).

Al di sopra dell'uomo Zasius, il giurista, modellato fedelmente su questa umanità complessa e contraddittoria e al centro di molteplici e diverse forze, idealità, esigenze: fra diritto imperiale e

---

rich Stintzing — e, dopo di lui, di Thieme, di Eric Wolf, di Kisch e dei suoi più accreditati indagatori (cfr. G. KLEINHEYER - J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1983², p. 313) — usiamo il nome latino per evitare le incertezze connesse all'esatta trascrizione del nome volgare; incertezze avvalorate dallo stesso Zasius nelle molte sottoscrizioni autografe conservate fino a noi (cfr. R. STITZING, *Ulrich Zasius - Ein beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation*, Basel, 1857 (Photomechanischer Nachdruck: Darmstadt, 1961), Anmerkungen, p. 309.

(3) STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 216 ss.; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1951³, p. 77 ss.; H. THIEME, *Zasius und Freiburg*, in *Aus der Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaften zu Freiburg i. Br.*, hrsg. von H. J. Wolff, Freiburg im Breisgau, 1957, p. 17; ID., *Vorwort* alla raccolta di riproduzioni *Aus den Handschriften von Ulrich Zasius (1461-1535)*, Freiburg im Breisgau, s.d., pp. II-IV; G. BECKER, *Deutsche Juristen und ihre Schriften auf den römischen Indices des 16. Jahrhunderts*, Berlin, 1970, p. 88 ss.; KLEINHEYER-SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, cit., p. 314.

(4) THIEME, *Vorwort*, cit., *passim*.

(5) WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, cit., p. 92 ss. Dovrebbero essere qui ricordati molti contributi di Guido Kisch e di Hans Thieme; ma si vedano soprattutto G. KISCH, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit-Studien zum humanistischen Rechtsdenken*, Basel, 1960, e H. THIEME, *Zasius und Basel*, in *Schau-ins-Land* - 79. Jahresheft des Breisgau-Geschichtsvereins Schauinsland, Freiburg im Breisgau, 1961. Su questo clima dell'Oberrhein fra Quattrocento e Cinquecento, dove scorre « ein frischer Strom geistigen Lebens », sono ancora leggibili con gran frutto le vecchie pagine di STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 24 ss., un'opera che, a più d'un secolo dalla sua apparizione, appena qualche anno fa, uno studioso competentissimo e di non facile contentatura come Guido Kisch considerava « klassische, noch heute unentberhrliche » (cfr. G. KISCH, *Ulrich Zasius und Basel*, piccolo saggio risalente al 1961, che si può ora leggere negli *Studien zur humanistischen Jurisprudenz*, Berlin, 1972.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislazione particolare tedesca (6); fra la *interpretatio* collaudata da generazioni di giuristi — alla cui catena rispettabile si lega e di cui si sente ultimo anello (7) — e il contatto senza intermediazioni con la verità dei *textus* romani (8); fra le lucide architetture teoriche care al docente universitario e le grezze ma vivaci soluzioni della prassi consuetudinaria familiarissime allo *Stadtschreiber*, al *Gerichtsschreiber*, al *Rechtskonsulent* (9), al redattore del *Freiburger Stadtrecht* (10).

Le contraddizioni e il groviglio di motivazioni, che non potevano non affiorare e consolidarsi nei giuristi più vigili e sensibili operanti fra Quattrocento e Cinquecento, si esasperano in Zasius;

---

(6) H. THIEME, *L'oeuvre juridique de Zasius*, in *Pedagogues et juristes* - Congrès du Centre d'Etudes supérieures de la Renaissance de Tours: Eté 1960, Paris, 1963, p. 45.

(7) Come è dimostrato dal catalogo della sua biblioteca privata, costituita, in massima parte, da opere di commentatori civilisti e canonisti (cfr. H. THIEME, *Les leçons de Zasius*, in *Pedagogues et juristes*, cit., p. 34). Il catalogo può leggersi tra le ' Urkunden ' pubblicate in calce alla biografia di STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 386.

(8) STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 100 ss.; WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, cit., p. 80 ss.; ID., *Ulrich Zasius (1461-1535) monument historique ou exemple actuel?*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, 1963, I, p. 377 ss.; THIEME, *Vorwort*, cit., pp. II-III; ID., *L'oeuvre juridique de Zasius*, cit., pp. 45-47; ID., *Les leçons de Zasius*, cit., p. 37.

(9) Per incarico del margravio Cristoforo di Baden Zasius redige nel 1511 i ' Der Markgrafschaft Baden Statuten, Ordnungen und Satzungen von Testamenten, Erbtheilungen und Vormundschaften '. Nella sua ' Lectura ' al titolo ' de verborum obligationibus ' del Digesto il giurista ricorda anche di aver redatto per i conti di Bitsch e per i signori di Rapolstein alcuni regolamenti familiari (cfr. STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., pp. 156-157).

(10) STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 157 ss.; THIEME, *Zasius und Freiburg*, cit., *passim*. Su Zasius ' legislatore ' si veda anche la ricca documentazione offerta da un allievo di Thieme, Hansjurgen KNOCHE, *Ulrich Zasius und das Freiburger Stadtrecht von 1520*, Karlsruhe, 1957. Circa la paternità del ' Freiburger Stadtrecht ' la letteratura più recente, contro i dubbi di Richard Schmidt proposti nella *Rektoratsrede* del 1903, sulla base di nuove fonti acquisite e soprattutto di lettere rimaste sepolte manoscritte nel fondo Amerbach di Basel, conferma che la legislazione municipale friburgense del 1520 è e resta « Zasius gesetzgeberisches Meisterwerk » (così THIEME, *Zasius und Freiburg*, cit., p. 22. Più ampia documentazione in KNOCHE, *Ulrich Zasius und das Freiburger Statdrecht*, cit., p. 17 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

egli — più di ogni altro — le vive intensamente nell'osservatorio privilegiato dell'Oberrhein, che non è, in quel torno di anni, un cantuccio appartato dove riflettere stancamente, ma piuttosto il campo ideale di confronto e di scontro fra vecchio e nuovo ([11]). Vecchie e nuove metodologie giuridiche, vecchie e nuove idee, princìpi consolidati e fermenti innovatori si confrontano e si scontrano nel giurista Zasius facendone quasi un modello dell'*homo novus* con tutto il suo bagaglio di segni: segni che ne tipicizzano il messaggio e lo rendono percepibile e isolabile per lo storico nella sua relativa autonomia; segni che dalle interiori coerenze dell'intellettuale si traducono spesso in una superficie di incoerenze formali, e chiedono all'interprete — per una compiuta storicizzazione — la difficile esplorazione delle loro radici spirituali. Fra questi affioramenti, particolarmente significativa ci sembra la riflessione zasiana sulla nozione di proprietà e sul sistema delle proprietà, perché espressione fedele del travaglio del giurista e quindi anche della puntuale tipicità del suo approccio.

2. Zasius non si sottrae a quella che sembrava essere la costante tentazione, propria a ogni giurista dopo Bartolo, di definire il *dominium*, e lo fa dimessamente scegliendo con umiltà il solco tracciato dal grande maestro marchigiano: com'è stato usuale fino a lui, il *locus* sarà sempre il commento alla l. *Si quis vi* del titolo ' de acquirenda et amittenda possessione ' (D. 41, 2, 17) del Digesto, dove Bartolo aveva collocato duecento anni prima la propria smagliante definizione ([12]); lo schema è quello

([11]) Un quadro vivo dell'ambiente e degli uomini è offerto nei tanti contributi, che alla ricostruzione storica ha dedicato Guido Kisch. Particolarmente interessanti ai nostri fini: *Humanismus und Jurisprudenz. Der Kampf zwischen ' mos italicus ' und ' mos gallicus ' an der Universität Basel*, Basel, 1955; *Die Anfänge der juristischen Fakultät der Universität Basel 1459-1529*, Basel, 1962; e anche la breve nota su *Ulrich Zasius und Basel*, cit.

([12]) Prima di definire formalmente la proprietà, Bartolo intende operare un chiarimento essenziale: proprietà è soltanto il potere che si esercita su una *res corporalis*; le situazioni che hanno per oggetto uno *ius* possono infatti essere qualificate come *dominium* soltanto in senso improprio, « largissime ». Il *dominium* ' stricto sensu ' « est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeatur ». Sulla portata della definizione bartoliana, cfr. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 153 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stesso bartoliano tutto teso a separare il *dominium stricto sensu* da situazioni generiche e ambigue e a identificarlo in grazia del suo oggetto (la *res corporalis*) e del suo contenuto (il *perfecte disponere* della cosa). V'è soltanto una variazione: l'avverbio modale ' perfecte ' viene sostituito con ' libere ' (13).

Fin qui nulla da rilevare con troppa enfasi; la variazione è infatti abbastanza corrente fra gli stessi maestri quattrocenteschi del *mos italicus* (14) e si allinea in una certa sottolineatura della autonomia dei poteri del proprietario, della sua ' libertà ', che è coglibile come un'evoluzione dottrinale, sul tema proposto da Bartolo, in seguito a precise influenze di quanto circolava sempre più fittamente all'intorno nella riflessione teologica e filosofica. Zasius ha però il pregio di insistervi, di volere esplicitare fino in fondo, e la sottolineatura ne risulta marcata. Se è vero che il *dominium* è definibile come lo « ius de re corporali libere disponendi nisi lex prohibeat », il contenuto del ' libere disponere ' ne esce così precisato: « quod autem diximus ' libere disponendi ' facit l. In re mandata C. mandati (15), l. Nemo C. de iudaeis (16), ubi dicitur quemlibet esse arbitrum in re propria sicut velit. Quilibet potest uti et abuti re sua sicut ei placet. Hoc est quod dicitur ' libere disponendi ' ».

---

(13) ad l. Si quis vi §. Differentia, n. 11 (in Udalrici Zasii *Operum tomus tertius commentaria seu lecturas eiusdem in titulos tertiae partis Pandectarum* (*quod vulgo Digestum novum vocant*) *complectens*, Lugduni, 1550). Nella struttura del commento Zasius segue puntualmente quella di Bartolo, richiamandosi espressamente alla insuperata *investigatio* del grande giureconsulto marchigiano. Distingue pertanto un « dominium generalissime » ricomprendente anche le situazioni dominative su *res incorporales* (« aliquando accipimus dominium generalissime, effuso nomine, prout est ius incorporale, quod extenditur ad omnia quaecunque nostra esse putamus sive sint corporalia sive incorporalia »), e un « dominium strictius quod tantummodo attendit rem corporalem ». Di quest'ultimo la definizione è: « ius de re corporali libere disponendi, nisi lex prohibeat ». L'ampio commento di Zasius si sviluppa poi nell'esame delle varie *species* di *dominia stricta* con una ricchezza di analisi che pone la pagina zasiana fra le più notevoli riflessioni giuridiche in tema di proprietà. Accanto alla raffinata consapevolezza teorica è segnalabile il continuo confronto e quasi la continua verifica con la pratica giuridica di tutti i giorni. Ma di ciò avremo modo di parlare in seguito.

(14) Grossi, *Le situazioni reali*, cit., p. 155 ss.

(15) C. 4, 35, 21.

(16) C. 1, 12, 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rispetto alla definizione di Bartolo, e anche rispetto alla l. *In re mandata* che Bartolo stesso aveva invocato, è nuova la identificazione del contenuto del *dominium* in un ' usus vel abusus ', contribuendo alla inaugurazione di un conio espressivo tanto fortunato da diventar tralatizio durante tutto l'itinerario della scienza giuridica moderna fin quasi alle nostre spalle ([17]). *Abuti* è per lo storico-giurista un termine gremito di equivocità e mette conto che ci si soffermi un poco per chiarirne il significato nel contesto zasiano. Si potrebbe a tutta prima credere in un impiego rigorosamente tecnico del termine così come la prevalenza delle fonti romane sembra porgerlo: con *uti* e *abuti* il giureconsulto cinquecentesco avrebbe semplicemente fatto riferimento all'uso di una cosa, che è essenzialmente diverso a seconda che si tratti di cosa consumabile o inconsumabile; con *abuti*, giusta la terminologia dei classici, Zasius avrebbe inteso semplicemente l'innocua e neutra nozione dell'uso di cosa consumabile, un uso che si sostanzia nella consumazione della cosa, ossia l'*abusus* così come si coglie nella nicchia riposata delle fonti. Una nozione ' oggettiva ', non caricata di quelle venature soggettive che assume invece nelle grossolane definizioni di molta dottrina successiva legandosi alla sovranità senza limiti dell'individuo proprietario.

A tacer del fatto che, anche se volessimo tradurre *abuti* con consumare, il riferimento generale non alle sole cose consumabili ma altresì alle inconsumabili ingigantirebbe questo *abuti* in una sua dimensione meramente potestativa, è però Zasius stesso, nel prosieguo del discorso, a dimostrare come riduttiva una simile interpretazione. Continua infatti così il testo: « Quod autem dicitur ' nisi lex prohibeat ', propterea est quia in plerisque casibus non possumus abuti re nostra lege prohibente. Nam res suas

---

([17]) Sulla espressione, nella dottrina del tardo diritto comune prima di Zasius, si veda da ultimo D. WILLOWEIT, *Dominium und Proprietas - Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, in *Historisches Jahrbuch* (Im Auftrag der Görres-Gesellschaft hrsg. von J. Spoerl), 94 (1974), pp. 147-150. Poco più di un ammasso disordinato di fonti è invece reperibile in F. PICCINELLI, *Studi e ricerche intorno alla definizione ' dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur '*, opera risalente al 1886 ma leggibile oggi, con una limpida premessa di Luigi Capogrossi Colognesi, in una recente ristampa (Napoli, 1980).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pupillus non potest vendere sine decreto iudicis. Item prodigus non habet administrationem bonorum suorum. Item qui nimium sunt severi in servos suos, corripiuntur et coercentur. Nisi ergo lex prohibeat, de tuis rebus libere disponere potes ». E, di rincalzo, subito dopo, due versi illuminanti tratti da una satira di Persio: « Cur mihi non liceat iussit quodcumque voluntas? - Excepto si quid Masuri rubrica vetavit » (18).

Se non andiamo errati, l'*abuti* di Zasius, come ci è confermato da altri testi non meno eloquenti (19), è diventato sinonimo di libertà, di una disposizione tanto libera del bene, da non trovare limiti interni se non nello *iussum voluntatis* del proprietario, fatto sempre salvo, dall'esterno, l'intervento autoritario della legge. Se non andiamo errati, la definizione bartoliana subisce nella recezione del giurista cinquecentesco qualcosa di più che una revisione formale. Zasius, che vive in terra tedesca dove il volontarismo è così profondamente attecchito nella visione dei teologi neoterici (20), che si pone con occhi e orecchi assai vigili al centro d'un tessuto umanistico vivacissimo, che si compiace di esaminare i ' viscera textuum ' (21) senza lasciarsi troppo fuorviare dai filtri

---

(18) A. Persi Flacci *Saturarum liber*, sat. V, vv. 89-90.

(19) *Paratitla in primam Digestorum sive Pandectarum partem, ad tit. De his qui sunt sui vel alieni iuris* (in Udalrici Zasii *Operum omnium ... tomus primus*, Lugduni, 1550), n. 7: « quamvis possim abuti re mea ... est enim quilibet moderator et arbiter in re sua ... hoc tamen limita si sit enormis abusus, ut est in prodigo », dove l'aggettivazione ' enormis ' sottolinea non la nozione oggettiva del consumare la cosa, ma quella soggettiva di usare della cosa secondo la misura del proprio piacere.

(20) Di cui è specchio vivacissimo quel trattato ' De contractibus licitis atque illicitis ' stampato nel 1500 dal teologo tubingense Corrado Summenhart e ristampato più volte con grande successo di lettori negli anni seguenti; trattato che sicuramente Zasius ebbe fra le mani e dove un ruolo centrale spetta a una nozione di *dominium* parossisticamente intesa al modo della teologia volontaristica post-scotiana. Sul ' de contractibus ', cfr. J. Haller, *Die Anfänge der Universität Tübingen 1477-1537*, Aalen, 1970 (Neudr. Ausg. Stuttgart 1927), p. 176. Sulla presenza di Summenhart nel quadro della speculazione teologica di quegli anni, *ibidem* p. 172 ss. Cfr., anche 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), p. 349 ss.

(21) L'espressione, efficacissima, è dello stesso Zasius (cfr. *Commentaria in*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle opinioni comuni, gli dà un contenuto maggiormente potestativo, sembra quasi dargli una nuova carica per consentirgli di percorrere — rinforzata dall'interno — i cammini profondamente rinnovati dell'emisfero moderno. All'*abuti* è affidato il segreto della nuova potenzialità. È l'*abuti* che campeggia al centro del *dominium* e denuncia una costruzione fondata più sul soggetto che sulla cosa, edificata più partendo da quello che da questa.

3. Il discorso zasiano ha però il ' torto ' di proseguire ancora in una sconcertante fedeltà al modello bartoliano: « hoc dominium ... dividitur in duas differentias; est enim dominium directum et est dominium utile » (22); e il quadro d'insieme si complica con l'inserimento della nozione di *dominium* nell'intelaiatura della teorica medievale del dominio diviso, che dimostra ancora in questi testi zasiani tutta la sua vitalità.

Vitalità non artefatta, non libresca. Prima che nelle pagine del professore di Freiburg la divisione del dominio è articolazione della concreta società tedesca, è schema organizzativo della vita quotidiana delle campagne tedesche dove l'assetto continua squisitamente feudale e dove il concessionario d'un bene ha guadagnato sempre più una sua consistenza economica e giuridica (23). Zasius, sia come avvocato, sia come notaio, sia come consulente

---

Digestum Vetus, in *Operum omnium ... tomus primus*, Lugduni, 1550, *ad tit. Si certum petatur, ad l. Si ego*, n. 9 (D. 12, 1, 18).

(22) *ad l. Si quis vi* §. *Differentia*, cit., n. 12.

(23) F. LÜTGE, *Geschichte der deutschen Agrarverfassung vom frühen Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1967, *passim*, ma soprattutto p. 159 ss. Il quadro, a tinte un po' troppo fosche e con giudizi troppo netti, che porge Erik Wolf sulla separazione fra dottrina di diritto comune lentamente penetrante in Germania e prassi popolare e giudiziale, fra razionalità libresca e raffinatezze architettoniche del diritto imperiale e buonsenso degli istituti del vecchio diritto sassone, può forse essere appropriata per il diritto delle persone e di famiglia, o anche per il diritto successorio, ma non si attaglia al terreno dei diritti reali dove il diritto comune opera una sostanziale recezione dei risultati della pratica altomedievale segnata da fortissimi influssi germanici; e sa un po' troppo di filo-germanesimo. Sono pagine cioè storiograficamente unilaterali, e che tradiscono una parziale conoscenza del diritto comune tedesco nella sua evoluzione (il riferimento è a *Grosse Rechtsdenker*, cit., pp. 67-69).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di grandi famiglie feudali ([24]), contempla questa realtà e vi è anzi completamente immerso ([25]). È la sua familiarità con la pratica, è la sua concezione non ludica ([26]) ma funzionale del lavoro del giurista ([27]) a costringerlo a registrare nei suoi commentarii — e a teorizzare — un istituto tanto vivo; è la sua seconda anima ([28]) di giureconsulto attento alla vita locale e alle consuetu-

---

([24]) Molta luce han portato su questi aspetti della vita di Zasius le ricerche di Thieme citate nelle note precedenti. Interessante anche K. S. BADER, *Zasius als Notar*, in *Schau-ins-Land*, cit., p. 13 ss. Su questi coinvolgimenti insiste anche Erik Wolf, che tuttavia, come spesso succede a questo autore, si lascia prendere da suggestioni storicamente poco verificabili o addirittura scorrette. Secondo Wolf infatti Zasius nell'esercizio delle sue funzioni di notaio avrebbe dimostrato sempre « jenen ausgeprägten Sinn für das Praktische, der dem alemannischer Volkstamm eigen ist » (*Grosse Rechtsdenker*, cit., p. 73). Constatazione esattissima, sciupata da un insensato riferimento al *Volkstamm*.

([25]) Cfr. THIEME, *Les leçons de Zasius*, cit., soprattutto p. 37. È questo il senso anche delle pagine che vi dedica M. HERBERGER, *Dogmatik - Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1981, pp. 224-26.

([26]) L'aggettivo è qui usato in senso squisitamente huizinghiano. Huizinga stesso nel suo ' Homo ludens ' fa espresso riferimento alla scienza giuridica degli umanisti come a un tipico esempio di attività scientifica in cui è presente un carattere ludico (cfr. J. HUIZINGA, *Homo ludens*, trad. ital. di C. von Schendel, Torino, 1973, p. 214).

([27]) Il giurista, se vuol corrispondere alla vocazione connessa strettamente al proprio *Beruf*, non può non essere anche un pratico. La scuola di Zasius intende preparare dei pratici, non degli umanisti, anche se l'insegnamento del Maestro è sempre culturalmente aperto, mai recettizio e criticamente provvedutissimo. Una impostazione che da Zasius si trasmette agli allievi, a Freigius e a Mynsingerus (cfr. THIEME, *Les leçons de Zasius*, cit., pp. 34-36), e che si esalta in quella personalità di giurista a più dimensioni che è Bonifazio Amerbach (cfr. H. THIEME, *Die beiden Amerbach - Ein basler Juristennachlass der Rezeptionszeit*, in *L'Europa e il diritto romano - Studi in memoria di Paolo Koschaker*, Milano, 1954, I, soprattutto p. 144 e p. 147 ss.). Sulla scuola di Zasius e sulla sua metodologia, si veda H. WINTERBERG, *Die Schüler von Ulrich Zasius*, Stuttgart, 1961.

([28]) Su questa *Doppenstellung* ha giustamente insistito THIEME, *Zasius und Freiburg*, cit., soprattutto p. 14. Già nella sua opera di ' legislatore ' Zasius aveva dimostrato sensibilità per la pratica del diritto. Osserva Thieme: « dass Zasius sein gesetzgeberisches Werk ' juri communi magna ex parte conforme ' nennt, wird man freilich nur als relative Wahrheit anerkennen können, denn in Vergleich mit anderen Stadtrechtsreformationen der Zeit ist der deutschrechtliche Anteil am Freiburger Stadtrecht doch verhältnissmassig stark » (THIEME, *Vorwort*, cit., p. 111).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dini tedesche ([29]) a spingerlo su questo terreno. E non è inutile sottolineare come, parlando di questa realtà giuridica, Zasius si senta in dovere di puntellare e chiarire la dotta terminologia latina con frequentissime espressioni del linguaggio pratico tedesco, che interrompono vivacemente il *cursus* maestoso del commentario come devono aver portato una ventata d'aria fresca nel chiuso dell'aula universitaria dove il maestro chiosava l'antica sapienza.

Dietro la 'barbarica' terminologia saporosa di esperienza vissuta, nella sistemazione tecnico-giuridica Zasius ripeteva però vecchi schemi, faceva sua l'architettura inventata dalla *interpretatio* medievale e collaudata da generazioni di *iurisprudentes*, una architettura che sembrava prestarsi mirabilmente a ordinare gli assetti della realtà circostante senza mostrare alcun segno di decrepitezza malgrado l'usura plurisecolare. E la geniale sistemazione di Bartolo, che aveva prestato un prezioso apparecchio di sostegno alle sensate ma claudicanti intuizioni della Glossa e dei primi Commentatori, torna fresca e squillante sulla bocca dell'uomo dell'età nuova. Quest'uomo ha una concezione del diritto tutta empirica, che lo vincola per istinto naturale al buonsenso dei medievali, coglie nella regola giuridica non l'occasione (ludica, dicevamo qualche rigo sopra) per divertimenti filosofici e retorici, ma la forma che si plasma in coerenza del corpo sottostante. Questo corpo sociale non è in Germania, ai primi del Cinquecento,

---

([29]) Pagine efficaci e documentatissime in STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 145 ss. Illuminante l'approccio di Zasius con il problema della natura giuridica delle servitù consuetudinarie atipiche della campagna tedesca (cfr. *ibidem*, p. 152 ss.). Un testo di notevole interesse è offerto dalle *Enarrationes in titulum Institutionum de actionibus*, § *Aeque*, nn. 24-25 (in UDALRICI ZASII ... *Operum tomus quartus* ..., Lugduni, 1550): « advertendum est etiam alias esse servitutes, quae notissima consuetudine Germaniae nostrae et forte in Gallia observantur, ut est ius venandi, aucupandi in tuo fundo, hauriendi aquam ex puteo tuo, piscandi in flumine tuo, ligna ex silva tua secandi, pascua pecorum et multa his similia, quae aliquando dominis competunt, etiam si vicina praedia habere non videantur. Hic dubitatur non immerito an huiusmodi iura sint servitutes vel an pacta personalia ... Dico indubitanter huiusmodi iura esse servitutes reales sed fortasse innominatas et ita consuetudine notissima Germaniae servatur. Nam sunt perpetuae et ad haeredes extenduntur, et sequuntur quencumque possessorem fundi servientis sicut aliae servitutes reales ... ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gran che distante dal mondo di Bartolo. Zasius, né filosofo né poeta (30) ma, come giurista, attento alla misura di quel corpo, rispettoso di quella misura, si riconosce nella realtà corale di generazioni di giuristi — tutti né filosofi né poeti ma operai d'uno straordinario cantiere — che avevano edificato il diritto comune.

Che senso ha per Zasius questa geminazione del *dominium*? Che senso ha scomporre l'universo dominativo in un *dominium directum* e in un *dominium utile*? (31). Rispondiamo: costruire una teorica delle proprietà partendo più dalla cosa che dal soggetto, impedire che l'*utilitas rei* sia sepolta e vanificata in una visione tutta potestativa della appartenenza di un bene, premiare l'effettività sul bene, consentire l'emersione della dimensione *utilitas* addirittura a livello proprietario. Arrivare insomma alla costruzione di *una* proprietà incarnantesi esclusivamente nella *utilitas* (32). L'*uti-frui* può costituire in capo a un soggetto una facoltà assolutamente non autonoma (è il caso del conduttore semplice), o relativamente autonoma (è il caso delle servitù personali, e in particolar modo della più rilevante fra di esse, l'usufrutto), o perfettamente autonoma: quest'ultimo è il caso del dominio

---

(30) Anche se insegnerà occasionalmente retorica e poesia (cfr. STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 39), egli si riterrà e resterà sempre caratterialmente un giurista.

(31) I più significativi testi zasiani sulla dottrina del dominio diviso ci sembrano i seguenti: innanzi tutto, *Commentaria in Digestum Novum*, cit., *ad l. Si quis vi* §. *Differentia*, cit.; *ibidem, ad l. Possideri* §. *Ex contrario. de acquirenda et amittenda possessione* (D. 41, 2, 3); *ibidem, ad l. Si finita* §. *Si de vectigalibus. de damno infecto* (D. 39, 2, 15); *ibidem, ad l. Si mater* §. *Eandem. de exceptione rei iudicatae* (D. 44, 2, 11); *In usus feudorum epitome - Qualiter feuda constituantur et quid iuris vasallus ex eis consequatur* - pars sexta (in Udalrici ZASII ... *Operum tomus quartus* ..., Lugduni, 1550); Udalrici ZASII ... *Singularium responsorum libri*, in *Operum tomus quintus* ..., Lugduni, 1550, lib. II, cap. X; Udalrici ZASII *Responsa iuris sive consilia*, lib. I, cons. XII (in *Operum tomus sextus*, Lugduni, 1550).

(32) Anche se Zasius, nel suo commento alla l. *Si quis vi* §. *Differentia*, cit., ha un momento di rigorismo romanistico (« utile hic non intelligitur quasi dominium ferens utilitatem sed ideo dicitur utile quia minus perfectum ... unde practici qui utile dominium nominant das nutzbar eygenthumb non videntur bene sentire » (n. 18), smentisce subito dopo clamorosamente questo rigore storicistico (« vasallus habet feudum, est dominus minus principalis, colligit tamen omnem utilitatem fructuum iure proprio, id est iure utilis dominii » (n. 22), dove ' utile ' è posto in rapporto con ' utilitas ' e riacquista tutta la sua pregnanza economica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

utile; che è *uti-frui*, che è situazione strutturalmente non diversa da qualsivoglia *uti-frui* ma contrassegnata dal sigillo dell'autonomia. Come precisa Zasius, è una « facultas iure proprio » a carattere non obbligatorio ma reale, che impegna frontalmente senza intermediazioni il soggetto e la cosa, il soggetto e una dimensione della cosa, non la sua *substantia* ma la sua *utilitas* ([33]). In tal veste questo *uti-frui* incarna *una* proprietà.

4. La conclusione è nettissima nel pensiero del giurista, ma il terreno è inevitabilmente infido e rischioso. Se infatti, sul piano logico e tecnico, non possono sorgere equivoci tra la situazione del *dominus utilis* e quella del *conductor* per la indiscutibile diversità delle due posizioni soggettive e per la qualità giuridica dei rispettivi godimenti, il discorso tende a confondersi sul punto specifico dei rapporti fra usufrutto e dominio utile. L'usufrutto, in quanto servitù, è in qualche modo una partecipazione alla sfera del reale, una partecipazione tuttavia che le fonti romane sembravano registrare con apparenti contraddizioni e che la dottrina medievale, a sua volta, aveva interpretato con una buona dose di imbarazzo, complicando anziché semplificando il problema. È per questo che Zasius vi insiste a più riprese, nella convinzione squisitamente scientifica di doversi sbarazzare, una volta per tutte, di confusioni e incertezze, in un colloquio immediato, tutto tipico dell'uomo nuovo, con le proprie fonti normative, accantonando con coraggio e fermezza il filtro ingombrante delle *opiniones* più o meno *communes*. La riflessione zasiana è quindi preziosa, giacché anche per questa strada arriva a chiarirci la nozione stessa di dominio utile nel suo continuo contrappunto con un istituto falsamente similare.

È una falsa somiglianza che Zasius vuole smantellare, fondata su una lettura superficiale e frettolosa dei due assetti giuridici, e perciò fondata sull'equivoco. In quest'opera di smantellamento il discorso non può non farsi icastico e non assumere anche una sua *vis polemica*.

([33]) *Dominus directus* e *dominus utilis* sono domini « diversis respectibus » della cosa (*ad l. Si quis vi* §. *Differentia*, cit., n. 17); ciascuno è dominus « suo iure » (*ibidem*, n. 22).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'usufrutto, servitù personale, ha indossato spesso nell'insegnamento dei Commentatori il carattere di « ius debile, valde invalidum et incertum et quod facile amittitur » (34). Zasius ne è convinto ma desidera motivare e basare la conclusione guardando alle fondazioni antropologiche dell'istituto. È infatti la logica intima di esso che viene colta nell'immaginoso linguaggio zasiano: « usufructuarius habet ius personale et hoc est ius debile, quia homo bulla est »; è debole perché non incardinato nella cosa ma vincolato alla persona, perché intrasmissibile a terzi, perché destinato a scomparire nel nulla con la morte del titolare. Proprio in questa sua natura, che lo vincola a una certa persona e a quella soltanto, sta la debolezza strutturale dell'istituto. È la cosa invece che ha la sua fissità, la sua permanenza nel tempo al di là delle vicende individuali, mentre la vicenda individuale ha per l'ordinamento la stessa vacuità e impalpabilità d'una bolla d'aria, si contrassegna insomma per la sua scarsa rilevanza e relativa attendibilità.

Rispetto alla servitù personale la stessa servitù prediale appare « ius fixum et permanens », e si capisce perché si dia al titolare di questa e si neghi al titolare di quella la possibilità di denuncia di nuova opera che sia venuta a turbare il legittimo possesso del bene. L'usufruttuario infatti detiene il bene (35), non ne

(34) Udalrici Zasii *Commentaria in Digestum Novum*, cit., *ad l. Hoc edicto §. Usufructuarius. de novi operis nuntiatione*, n. 3 (D. 39, 1, 1).

(35) *ad l. Possideri* §. *Ex contrario*, cit., n. 28: « Quicquid teneat communis opinio, veritas est quod usufructuarius fundum fructilem non possidet ullo modo, accipiendo possessionem pro vera possessione, prout in hoc titulo accipitur, sed tantum detinet vel tenet, quae est doctrina verissima roboranda nobis multis textibus, ut que ex diametro pugnet cum communibus opinionibus. Pro ista conclusione textus est apertissimus in l. Acquiruntur, in fine, supra, tit. I (D. 41, 1, 10), dum dicitur servum ab usufructuario non usucapi, quia non possidet scilicet fructuarius. Textus est in l. I. §. Quod ait praetor, infra, quorum legatorum (D. 43, 3, 1), ibi, quia neque ususfructus neque usus possidetur, sed magis tenetur (sunt verba textus), id est detinetur. Item in l. Celsus §. Julianus, supra. ad exhibendum (D. 10, 4, 5), ibi, qui ususfructus nomine rem teneat, quamvis non possideat. Porro textus est in l. Certe §. Is qui, infra. de precario (D. 43, 25, 6), ibi, nam et fructuarius et colonus et inquilinus sunt in fundo, sed non possident. Nonne hi textus sunt manifesti? Denique in l. Sciendum, in fine principii, supra. qui satisdare cogantur (D. 2, 8, 15) dicitur qui tantum habet usumfructum, possessor non est. Dimitto alia iura. Cum ergo textus habeamus, quid attinet contra niti et velut coelum oppugnare gigantibus. Ubi enim est textus, ibi nulla dubi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ha neanche la *naturalis possessio* (36), ha soltanto la *quasi possessio* del suo *ius ususfructus* (37). Zasius ha consapevolezza di porsi qui contro insegnamenti riposati, addirittura consolidatisi in opinioni comuni, ma l'esigenza di mettere un ordine definitivo, di togliersi dalle secche delle oscurità prevale; e prevale, come più sopra anticipavamo, il limpido colloquio con le fonti dell'interprete fatto robusto da robuste convinzioni umanistiche. In uno Zasius generalmente prudente, generalmente rispettoso della grande tradizione medievale, è questo un momento di emersione di forze spirituali legate alla profonda rivoluzione culturale del Quattrocento. La tradizione non ha chiarito a sufficienza, e di essa si dovrà fare a meno leggendo i *textus* senza occhiali deformanti. È da questa lettura che si staglia nitida la figura di un soggetto, l'usufruttuario, che « nihil habet possessionis nec dominii » (38), che logicamente e tecnicamente « a dominio separatur » (39).

---

tatio ». Pagina tipica dell'*homo novus* Zasius tutto teso a un dialogo immediato, diretto, con le fonti antiche.

(36) *Ibidem*, n. 29: « non obstat l. Naturaliter, in principio, infra. eodem (D. 41, 2, 12), cum dicit textus naturaliter possidere videtur qui usumfructum habet: is textus potius suffragatur nobis quam quod oppugnet, quia, cum verbum ' videtur ' significet improprietatem, recte ergo usufructuarius vere non possidet naturaliter sed improprie, quia est detentator, qui habet similitudinem cum naturaliter possidente. Et non est verum quod Doctores hic dicunt verbum ' videtur ' significare veritatem. Hoc est destruere phrasim iureconsulti, qui non ociose dixit ' possidere videtur '. Poterat enim dicere: naturaliter possidet. Et dato quod verbum videtur aliquando significet et veritatem, tamen in casu nostro necesse est quod improprie veniat ne toti textus subvertantur quot nos allegavimus supra ».

(37) Udalrici Zasii *Commentaria ad Digestum Novum*, cit., *ad l. Hoc interdictum* §. *Quod ait praetor. Quorum legatorum* (D. 43, 3, 1).

(38) *ad l. Possideri* §. *Ex contrario*, cit., n. 30: « fructus autem quos sublevat fructuarius, non sublevat propter naturalem possessionem fundi, sed propter ius servitutis personalis, quod ei in fundo concessum est. Fructus quidem quos percipit in fundo sunt sui, sed nihil habet possessionis nec dominii ». Per una complessa lettura delle fonti romane in tema di rapporti fra *dominium* e *ususfructus* e sull'usufrutto come pars dominii, cfr. Udalrici Zasii *In primam Digestorum sive Pandectarum partem paratitla*, cit., *ad lib. VII, tit. I - De usufructu*, n. 3 ss., e soprattutto *Lectura in titulum Digesti Novi de verborum obligationibus* (in *Operum tomus sextus*, Lugduni, 1550), *ad l. Qui usumfructum* (D. 45, 1, 58) nn. 1-3, nonché *Responsa iuris sive consilia*, cit., lib. I, cons. XII, nn. 28-33, dove l'esegesi utilizza strumenti della logica classica e scolastica in tema di *pars/portio*.

(39) *Responsa iuris sive consilia*, cit., lib. I, cons. XII, n. 31.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Da questa confinazione dell'usufrutto nel limbo delle situazioni personali si esalta per contrappunto la 'realità' del dominio utile collocato ben al di dentro dell'usbergo protettivo del *dominium*: « causaliter facultatem utendi fruendi, non formaliter praebet » (40), o, per dirla in altra versione, « fructuum commoditas comitatur causaliter utile dominium » (41). È il vecchio linguaggio e la vecchia strumentazione tecnica dei dottori medievali che viene qui ad essere sapientemente utilizzata; se vogliamo, è la vecchia distinzione dell'usufrutto in formale e causale (42) che si profila

---

(40) *Ibidem*, n. 32.

(41) *Ibidem*, n. 31.

(42) Molto ci sarebbe da dire sull'atteggiamento di Zasius verso questa divisione dell'usufrutto tradizionale alla scolastica giuridica medievale. Basti qui precisare che, con lo stesso atteggiamento contraddittorio rivelato dalla sua teoria della proprietà, da un lato, sembra non rinunciare alla divisione, dall'altro, critica sul piano logico la nozione di usufrutto causale. Si veda il passo già citato: *ad lib. VII, tit. I - De usufructu*, n. 4 (« usufructus duplex est. Formalis qui a proprietate separatur, causalis qui cum ea coniungitur »), ma soprattutto i *Commentaria ad Digestum Vetus*, cit., *ad l. Si fundi mei. de condictione indebiti* (D. 12, 6, 12), nn. 1 e 2, in un passo dove Zasius sembra confessarsi intellettualmente nella complessità delle sue ispirazioni. Vale la pena di lasciare a lui la parola: « in hoc enim errarunt superiori anno quidam Doctores alicuius universitatis quam non nomino, et sunt tamen puerilia, quae decent pulverarios scholares, scilicet duplicem esse usumfructum. Alius est causalis et alius formalis. Causalis qui sequitur dominium, ut cum dominus fruitur re propria. Quare fruor horto meo? quare accipio fructum ex horto meo? Causa est, quia sum dominus: propterea dicitur causalis, quia propter causam dominii competit. Iste ususfructus nihil est in re realiter et entitative, nisi sequela dominii *volgt dem eygenthumb nach*. Alius formalis, quia separatur a dominio, ut cum aliquis utitur et fruitur fundo meo ex aliquo titulo, dicitur servitus personalis, finitur cum persona ... et ideo dicitur formalis, quia est quaedam veluti forma separata a materia, si possit forma naturaliter separari a materia, tunc diceretur ens formale. Nos bene in intellectu possumus concipere formam sine materia, ut docet Rodolphus Agricola ... ». È un testo speculare della personalità dello scrivente con tutti i suoi motivi: l'umanista dal piglio deciso, fiducioso nelle sue possibilità interpretative e che sembra condannare alla polvere le invenzioni puerili del passato; l'uomo di cultura neoterico, che ha letto avidamente e assimilato le pagine di Rodolfo Agricola; il giurista dalla duplice personalità, aperto alle ardite architetture logiche e attentissimo alla pratica corrente nell'esperienza tedesca; il giureconsulto che coglie le debolezze della costruzione dell'usufrutto causale ma che non sa rinunciarvi e che, nella sostanza, pur tra mille perplessità, accoglie la distinzione consolidata nella dottrina (si veda, più sotto nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nello sfondo, che viene recuperata al solo scopo di impedire indebite accomunazioni. Usufruttuario e *dominus utilis* hanno un contenuto comune — il godimento d'un bene — soltanto a un livello grezzamente materiale; a livello invece di costruzione giuridica, se, da un lato, si ha la provvisoria separazione dell'*utifrui* al di fuori della nicchia della proprietà fino a prender forma propria come pertinenza d'un soggetto (la servitù personale con tutte le debolezze strutturali che conosciamo e la sua fragilità nel tempo), dall'altro, si ha una *commoditas fructuum* che trova la sua causa nel *dominium* e che è, a sua volta, causa d'una situazione dominativa non condizionata alla vicenda del titolare temporaneo, tanto che quel titolare ce l'ha *iure proprio* e non in via derivativa ([43]), e in tal veste la può vendere, donare, subconcedere, cedere insomma ad altri ([44]); tanto che a suo presidio non ha una *actio confessoria* ma un tipo di *rei vindicatio* ([45]).

Il dominio utile, originato dalla cosa e pertinenza della cosa, ha una sua perfetta autonomia, « a persona separari et apud tertium residere potest ». Aggiunge Zasius con una di quelle notazioni fuggevoli che tradiscono l'osservatore attento della realtà pratica: « ut per experientiam patet » ([46]). Entra nella pagina del giurista l'eco d'una società tardo-feudale, in cui il feudo come rapporto personale ha lasciato il posto a un rapporto prevalentemente

---

testo, al n. 4, la soluzione del caso pratico proposto da Zasius nello sfondo della *lex*).

([43]) Soltanto una causa remota è da vedere infatti nell'atto di concessione da parte del proprietario, com'è nel caso di dominio utile *ex concessione domini* (feudo, enfiteusi, superficie, locazione a lungo termine, etc.).

([44]) *Responsa iuris sive consilia*, cit., lib. I, cons. XII, n. 32: « ille [ususfructus] a persona inseparabilis est et cessus alteri quam domino interit; hoc autem [dominium utile] a persona separari et apud tertium residere potest, ut per experientiam patet. Potest enim feudum renuntiari in tertium, potest donari, alienari, distrahi, subinfeudari, dum hoc licite fiat ».

([45]) « vasallus ratione utilis dominii rei vindicationem habet, ut a quocumque possessore vendicet ..., etiam — ut puto — contra dominum ... Et non solum agere sed et defendere se poterit ... taleque iudicium et sententia inde secuta, domino sive sciente sive ignorante, quo ad iura utilia praeiudicabunt ... » (*In usus feudorum epitome - Qualiter feuda constituantur et quid iuris vasallus ex eis consequatur*, cit., n. 37.

([46]) *Responsa sive iuris consilia*, cit., lib. I, cons. XII, n. 32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

patrimoniale e in cui il feudatario, economicamente e socialmente sempre più invadente, ha resecato il nesso funzionale col signore e pretende disporre della sua situazione dominativa in maniera sempre più dominativa, all'incirca come sta avvenendo di là dal Reno in terra di Francia.

5. La ferma contrapposizione fra usufrutto e dominio utile, nella quale è forte il contributo personalissimo del giurista di Konstanz, serve a chiarire che, aderendo alla dottrina del dominio diviso, Zasius non ha fatto del nominalismo. Il dominio utile non è un *flatus vocis*, un'espressione pittoresca o addirittura scorretta per qualificare una generica situazione di godimento, ma è una nozione ricavata all'interno del *dominium* in senso tecnico. Quell'« aliquid plus » (47) che feudatari, enfiteuti, superficiari, conduttori a lungo termine hanno rispetto ai titolari d'una servitù personale e prediale è precisamente il loro essere *domini*, la loro partecipazione alla sfera della proprietà.

Il *dominium* è realtà scomponibile, che nutre sempre potenzialmente nel suo seno almeno due realtà minori e più limitate, le quali acquisteranno consistenza, o per la negligenza del pieno proprietario (in base a certi tipi di prescrizione), o, al contrario, per la sua volontà (in base a certe concessioni fondiarie) (48). In ambo i casi il fascio scomposto di poteri si coagulerà in un do-

---

(47) *ad l. Hoc* §. *Nuntiatio. de novi operis nuntiatione* (D. 39, 1, 1), cit., n. 4. Nel testo qui citato Zasius si domanda a chi competa il potere di distruggere ' propria auctoritate ' il *novum opus* che ha turbato il legittimo possesso; e risponde che non compete certamente a coloro che hanno soltanto la *naturalis possessio* della cosa. Ma aggiunge: « quod limitate, nisi naturalis possessor habeat quiddam amplioris iuris quam naturalis possessio, sicut emphyteuta et vasallus, qui tantum naturaliter possident secundum omnes doctores, tamen habent aliquid plus, quia habent utile dominium. Nam tales possunt prohibere dominum manu propria vel nuntiare novum opus ».

(48) *ad l. Si quis vi* §. *Differentia*, cit. Zasius, nella sistemazione dei *dominia utilia* che fa nel commento alla l. *Si quis vi* §. *Differentia* (n. 19 ss.), ne individua quattro. Di essi i due tipi fondamentali, secondo l'insegnamento tradizionale della dottrina di diritto comune, sono quello ' quod contrariatur directo ' acquisibile in base a prescrizione e quello ' quod subordinatur directo ' acquisibile in base a un contratto feudale, enfiteutico, etc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

minio diretto e in un dominio utile. L'educazione romanistica di Zasius lo porta a ripetere gli omaggi formali al direttario come ' verus dominus ' che sono consueti a tutta la *iurisprudentia* del diritto comune ([49]), ma la sua sensibilità alla prassi tedesca lo conducono a sottolineare senza ambiguità ed anzi con molta decisione il carattere dominativo di ogni dominio utile. Il dominio utile, situato ben al di qua e non al di là della sfera del ' mio ', non è *ius in re aliena*, è *dominium* ([50]).

Il nodo concettuale da cui tutto il filo del ragionamento si dipana è quello cui accennavamo all'inizio: il godimento, a certe condizioni, quando è il contenuto di una posizione autonoma del soggetto sul bene, può *di per sé* incarnare una proprietà. Lo Zasius feudista, avvezzo ai socialmente ed economicamente ingombranti feudatari tedeschi, lo dichiara con lucidità nel suo commento agli ' Usus ', costruendovi tutto il proprio edificio e spingendolo fino al segno estremo e più esasperato: « quando verba utendi et fruendi in principalis dispositionis consequentiam ponuntur, proprietatem significant » ([51]), dov'è segnalabile quel termine ' proprietas ', che la dottrina prevalente aveva ritenuto un sinonimo di dominio diretto e che qui trova una disinvolta dissacrazione. Il dominio diretto e il dominio utile sono infatti assimilabili dal punto di vista della loro intrinseca qualità dominativa, segno che il dominio utile si è irrobustito agli occhi dell'esegeta cinquecentesco.

Un caso pratico proposto e risolto dal giurista ce ne dà la dimostrazione compiuta nell'eloquenza che soltanto le rigorose scelte tecniche rivelano allo storico del diritto. Il problema, variamente impostato dalla Glossa, da Bartolo e da Giasone, è il seguente:

([49]) « Directum dominium competit domino principali et primario » (*In primam Digestorum sive Pandectarum partem Paratitla*, cit., *ad lib. VI, tit. III - Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur*, n. 3); « directum habet verus dominus » (*ad l. Si mater* §. *Eandem*, cit., n. 16).

([50]) « qui petit fundum quia suus est, ex ista causa generali censetur complecti omnem causam dominii qualiscumque haec sit, undecumque eveniet, et in talibus appellatione dominii potest venire utile » (*ad l. Si mater* §. *Eandem*, cit., n. 16).

([51]) *In usus feudorum epitome - Qualiter feuda constituantur*, cit., n. 36

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« An rem quae iure pleni dominii mea est, ex utili dominio possim condicere » ([52]). Contro la Glossa e Bartolo la risposta è negativa, ed è interessante la ragione d'una tal negazione: perché anche il dominio utile incarna una proprietà, perché anche il titolare d'un dominio utile non si discosta qualitativamente dalla situazione giuridica del proprietario cui è negato lo strumento processuale della *condictio* in relazione alla cosa propria; per Zasius infatti la *res* è giuridicamente *sua*. Guardando da loico la scomposizione operata dalla teorica del dominio diviso, egli coglie nei rapporti fra *dominium plenum* e singoli *dominia* parziali una semplice relazione del genere con la specie, del tutto con la parte. All'interno dello stesso *genus* e dello stesso *totum* non vi sono trapassi qualitativi, bensì una identità di tessuto giuridico: « quicquid iuris est generi vel toti ad totum, hoc speciei vel parti est quo ad speciem » ([53]). Si può anzi affermare che fra dominio diretto e dominio utile « nullam esse inter utrumque differentiam » ([54]).

6. Se tiriamo le fila dell'articolato discorso di Zasius e tentiamo di ricomporlo, non è difficile scorgere al suo interno una sostanziale aporia che lo domina: da un lato, una definizione del *dominium* segnata dalla nozione di *abuti*, e pertanto abbastanza spostata sul soggetto, con una indubbia tensione verso l'unicità del *dominium* come tutte quelle teorie della proprietà costruite sul soggetto o almeno partendo da esso e dalle sue esigenze; dall'altro, una accettazione piena, senza perplessità — diremmo anzi, convinta — della dottrina del dominio diviso con l'assimilazione giuridica fra i due *dominia*, il diretto e l'utile, e una conseguente relativizzazione — se non vanificazione — dell'*abuti* nella sua accezione di libertà dispositiva.

Si potrebbe arrivare a pensare che ciascuno dei proprietari ' pro diviso ' della cosa ha, nell'ambito del proprio ordine, « in iure suo », sotto diversi rispetti, l'uno in relazione alla *utilitas*, l'altro alla *substantia*, una certa sfera di *abuti* e che si possono

---

([52]) *Singularium responsorum libri*, cit., lib. II, cap. X.
([53]) *Ibidem*, n. 5.
([54]) *Loc. ult. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ipotizzare due *abusus* sulla cosa. Ma perché non rilevare con franchezza che la nozione di *abusus*, comunque la si voglia intendere, è la meno armonizzabile con la dottrina del dominio diviso? Tant'è vero che essa è generalmente estranea ai costruttori medievali di questa dottrina, primo fra tutti Bartolo. Forse è più storiograficamente apprezzabile segnare la sostanziale aporia e coglierla come il segno della tormentosa vicenda culturale che la scienza giuridica soffre nei primi decenni del Cinquecento e di cui Zasius ha il pregio storico di essere specchio fedele, uomo seduto ad un intricato crocevia, sensibile a varie e diverse correnti.

Il grande commento zasiano al libro ' de acquirenda et amittenda possessione ' del Digesto è di questo tormento una significativa testimonianza proprio nella sua non-univocità. Parlar di tormento può essere irritante per chi è abituato a cogliere nelle costruzioni dei giuristi linee e circoli perfetti, cioè soltanto armonie descrittive e sistematiche, ma il lettore non deve scorgervi nessun stonato sapore retorico. È la complessità del discorso, la ricerca di nuove strade per sciogliere il nodo gordiano del rapporto *dominium-dominia* a indicare allo storico il disagio del vecchio interprete, i suoi dubbi e le sue perplessità più che le certezze, quei disagi e quei dubbi che lo storico, malato dell'illuminismo più semplicistico, vuol troppo spesso ridurre nella gabbia di artificiose coerenze, precludendosi la comprensione del messaggio cifrato di cui sono portatori.

Sembra quasi che Zasius si rigiri tra le mani un intrico di fili, cercando e ricercando nel tentativo di trovare il bandolo della matassa. Il tema che non lo trova tranquillo è quello della concorrenza solidale di più di un padrone sulla stessa cosa, tema sul quale i testi romani han parlato in un determinato senso e sul quale pratica e teorizzazioni medievali han costruito in ben altro senso.

Leggiamo la riflessione del maestro friburgense nel commento alla l. *Possideri*. Vale la pena che si riporti il testo per esteso: « id quod diximus in possessione, etiam procedere in dominio, quia plures non possunt esse domini in solidum unius rei. Est contrarium naturae esse duos dominos in solidum unius rei, uno tempore, uno respectu, quia quod meum est, non est tuum l. Pomponius, supra, de probationibus, et habetis bonum textum in l. Si ut certo §. Si duobus vehiculum, ubi pulchre philosophatur

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

iurisconsultus, supra, Commodati... Haec doctrina non procedit, si sint gradus in dominio, si alterum dominium sit generalius altero. Nam sic Comes est dominus generalis territorii sui, nihilominus particulares personae in Comitatu habent dominia rerum suarum. Imperator est dominus mundi ... et tamen multa sunt specialia dominia in mundo. Sic etiam in emphyteota, in vasallo: is habet dominium utile, *das minder eygenthumb,* et domini emphyteosium vel feudorum habent dominium directum... » (55). E più sotto: « cum in feudo et emphyteosi, *hublehen,* dominus habeat dominium directum, at vasallus et emphyteota, *der lehenmann und der huber,* dominium utile, *das minder eygenthumb,* ita quod huiusmodi dominia tanquam subalternata et subordinata, *eins under dem anderen, dem hohern* dominio *bringt das minder eygenthumb kein schaden. da sind zweyen herren des eygenthumbs aber mit einer ordnung,* apud duos in solidum consistant sine concursu, sine collisione et repugnantia, *ist kein widerspan da...* » (56).

La dottrina del dominio diviso trova qui una sua singolare trasfigurazione. Non è smentita, anzi è riaffermata, ma rivissuta dal giurista in una nuova luce teoretica: non specie distinte di dominio che concorrono sullo stesso bene e sono l'una all'altra ripugnanti, ma un *hoher eygenthumb* e un *minder eygenthumb* concepibili come *gradus,* come manifestazioni d'una stessa realtà giuridica; più che due dominii « sind zweyen herren des eygenthumbs aber mit einer ordnung », una stessa realtà non compatta ma gradualmente ordinata: « gradus in dominio ».

Si noti la mescolanza farraginosa del latino con il volgare tedesco così come il docente parlò nel vivo della sua lezione o scrisse nei suoi appunti (57). Segno sensibile, finanche nella forma este-

---

(55) *ad . Possideri* §. *Ex contrario,* cit., n. 5.

(56) *Ibidem,* n. 26.

(57) Com'è noto, di Zasius non possediamo edizioni critiche (male assolutamente comune a tutta la *iurisprudentia* di diritto comune), e sono poche le stesse opere pubblicate dall'autore in vita. I grandi ' Opera omnia ' curati dal figlio e dall'allievo Joachim Mynsinger a Frundeck si basano spesso, per esplicita dichiarazione dello stesso Mynsinger nella prefazione alla raccolta, soprattutto per quanto attiene alle ' Lecturae ', su appunti presi dai discepoli. A proposito delle frequenti frasi tedesche inserite in mezzo al discorso latino si potrebbe pensare a un inserimento del discepolo stesso, che supplisce alla sua scarsa familiarità

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riore, della confluenza che si veniva ad operare nell'aula dell'Università di Freiburg tra prassi agrario-feudale tedesca ed esegesi romanistica. E dietro questa confluenza il disagio di quell'uomo dalla doppia anima che è Udalricus Zasius. Dal suo disagio nasce il tentativo teorico di composizione: cogliere nel non eludibile dominio utile una delle facce d'una stessa realtà, esorcizzarlo romanisticamente, per così dire, assimilandolo al dominio diretto come voleva la pratica ma rinchiudendolo dentro l'involucro dell'*unum-dominium*.

Quanto poco un simile involucro fosse resistente e quanto invadente fosse quel *minder eygenthumb*, soltanto formalmente minore, lo dimostra — di lì a poco — nello stesso commento zasiano la riflessione sulla l. *Si quis vi*. Ci siamo già incontrati con questa pagina: è, dopo Bartolo, il luogo dove gli interpreti dànno briglia

---

col latino giuridico, integrando il testo con la propria lingua quotidiana. Ci sentiremmo di escluderlo: rientra infatti nell'uso didattico di Zasius il puntellare i testi latini con la terminologia del volgare tedesco, esprimendo così — financo a livello formale — i canoni di un metodo giuridico straordinariamente aperto alla prassi e di un metodo pedagogico tutto teso a un colloquio vivo con gli studenti. La lezione di Zasius non è infatti mai né un serbatoio di erudizione antiquaria, né un contorto intrico di *auctoritates* al di sotto delle quali seppellire gli uditori. Il frequente richiamo alla terminologia usuale tedesca ha il significato di un innesto di vita pratica nel tessuto delle architetture scientifiche, un innesto utilissimo a quel futuro protagonista della vita giuridica tedesca che è l'attuale uditore della lezione. Come conferma di queste indicazioni abbiamo molte testimonianze (una, ad esempio, proprio nel commento alla l. Si quis vi §. Differentia, n. 18), in cui non è pensabile l'interpolazione del discepolo, ma in cui il testo tedesco è visibilmente parte integrante del tessuto logico dell'esposizione del maestro. La *Ursprünglichkeit* delle *Vorlesungen* zasiane è stata apertamente sostenuta e difesa da un conoscitore espertissimo non soltanto dei contenuti sostanziali dell'opera di Zasius ma altresì della sua tradizione manoscritta, Hans Thieme (cfr. *Zasius und Freiburg*, cit., p. 18). L'eminente Collega di Freiburg, anche sulla base della sua conoscenza dei manoscritti esistenti delle « Lecturae », in un recentissimo scambio epistolare su questo specifico tema delle inserzioni di frasi tedesche, ha avuto la cortesia di avvalorare la nostra opinione, ribadendo con decisione che esse rappresentano la voce autentica di Zasius e sono assolutamente congeniali al temperamento e al metodo didattico del giurista di Konstanz. Ci sia consentito di esprimere qui al Prof. Thieme la nostra gratitudine per i consigli e gli aiuti, che ha voluto fornirci nel corso della redazione di questo lavoro.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sciolta al proprio discorso sulla proprietà, dove abbiamo rilevato la definizione del nostro Zasius, dove abbiamo constatato la sua accettazione (in mezzo a tante altre testimonianze) della dottrina bartoliana del dominio diviso. Ora, ci corre l'obbligo di constatare che la riflessione dell'interprete cinquecentesco non si arresta al punto in cui l'avevamo lasciata (anche se già fino a quel punto ci aveva riservato non minime occasioni per alcuni rilievi), ma procede ben oltre; e il quadro si complica ulteriormente.

Bartolo, nella sua lucida sistemazione, aveva fatto cenno (e dopo di lui molti altri maestri del commento), all'opinione di alcuni esegeti francesi, che avevano teorizzato l'unicità del *dominium*; nella sua coerenza interamente medievale, Bartolo non aveva però avuto una sola esitazione nel respingerla, rilevandone implicitamente la antistoricità, cioè la estraneità al sistema delle situazioni reali che il medioevo aveva elaborato e che i dottori andavano brillantemente codificando sul piano teorico (58). È esattamente il contrario di quanto accade a Zasius. Egli è turbato, quasi conquistato, dalla rigorosa opinione dei maestri orleanesi, e il discorso ha una brusca svolta: « mihi videri posset Aurelianenses non male sensisse, scilicet unum tantum esse dominium ». E riaffiora la conclusione esplicitata nella chiosa alla l. *Possideri*: non « species diversae » ma « diversae qualitates et differentiae in dominio » all'interno di una medesima sostanza. Sotto altra veste, in una schematizzazione maggiormente persuasiva sul piano filosofico, è la stessa teoria dei *gradus in dominio* che viene qui riproposta (59).

---

(58) Sul riferimento di Bartolo, cfr., da ultimo, le considerazioni di R. FEENSTRA, *Les origines du dominium utile chez les Glossateurs* (*avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani*), ora in *Fata iuris romani. Etudes d'histoire du droit*, Leyde, 1974, p. 253 ss.

(59) « Verum est Doctores Aurelianenses (ut dicebat quidam doctor Teutonicus qui hanc legem repetiit, ut eum allegat hic Bartolus) tenent quod tantum unum sit dominium; sed reprobato eorum dicto Bartolus dividit probans esse multiplex dominium, non unum tantum, quia in l. Possessores, in fine, C. de fundis patrimonialibus, lib. XI, ibi, emphyteutae dicuntur domini curiarum et tamen adhuc sunt alii domini qui concedunt emphyteosim. Paulus de Castro allegat bonum textum in Authentica Si vero dominus C. de haereticis, ubi nomi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma non basta; nemmeno a questo punto si arresta il discorso zasiano. Un'altra svolta, e non meno brusca: « nihilominus, recedendo ab eorum doctrina, causa facilioris eruditionis, distinguite duplex dominium, directum et utile » (60). L'acerbo dissidio fra il dottrinario astratto vincolato ai rigori della sua logica e il didatta, che deve educare ad architetture giuridiche d'una società viva più che al disegno d'una città ideale, emerge palese; ed emerge la concezione zasiana del giurista e del maestro di diritto, vocati ambedue a costruire forme non come divertimento culto o erudito ma per un corpo sociale che ha delle pretese e chiede attenzione verso quelle sue pretese.

La ' facilior eruditio ' ha la prevalenza, perché è quella che serve ai discepoli, è quella che ha la sua verifica, al di là delle aule universitarie, nelle strade affollate di Freiburg e nelle campagne del Baden. Dice Zasius, elencando i caratteri dei due *dominia*: « directum ... in practica nominamus *das mehrer eygenthumb* » (61). E più avanti: « practici qui utile dominium nominant *das nutzbar eygenthumb* » (62). Sono frasi che han per noi il valore d'una confessione. Il termine tedesco, che fa brusca irruzione di sé nel latino sapienziale, segnala che le finestre dell'aula universitaria sono ben aperte sull'esterno e che attraverso quelle finestre entra di prepotenza una ridda di figure e di voci appartenenti alla vita quotidiana. Il maestro tollera con indulgenza quella irruzione e gli sacrifica addirittura la sua coerenza di uomo di scienza.

---

natur dominus temporalis et alius dominus principalis. Igitur varia sunt dominia. Mihi videri posset Aurelianenses non male sensisse, scilicet unum tantum esse dominium. Nam quo ad substantiam dominii recte dicimus unum esse dominium, cum dominium sit ius incorporale, sed omnia iura incorporalia sunt individua, ut in vulgato §. Cato traditur. Et quamvis sit aliquod maius sive superius dominium et aliquod minus vel inferius dominium, aliud alio respectu, tamen ista non faciunt species distinctas, quia magis et minus non faciunt specificam differentiam. Substantia non recipit magis vel minus ... unde possunt esse diversae qualitates et differentiae in dominio, sed non diversae species. Et ita possent videri Doctores Aurelianenses sensisse ».

(60) *Ibidem*, n. 12.

(61) *Ibidem*, n. 13.

(62) *Ibidem*, n. 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

7. Il sistema zasiano delle proprietà non ha l'armonia, anche logica, del sistema di Bartolo. Diciamo di più: non poteva averla, perché è un sistema riveduto e rivissuto duecento anni dopo Bartolo. Due secoli, e folti di mutazioni: antropologiche, innanzi tutto, con una profondamente diversa visione dei rapporti fra uomo e natura, fra soggetto e cose; e poi culturali, con una diversa collocazione del singolo giurista nel ceto dei giuristi e, conseguentemente, con un suo diverso approccio con le fonti normative.

La realtà più stagnante, almeno intorno a Zasius, è la cornice del paesaggio agrario e della platea sociale. I nodi, le claudicanze, le contraddizioni delle pagine zasiane si motivano forse proprio in questo divario; il nostro giurista soffre dello iato che corre fra strutture e rappresentazioni simboliche. Come soffre della incandescenza di un momento storico segnato da un divenire nel profondo, cioè nelle sue radicazioni spirituali. Ed egli, intellettuale e operatore, con la testa fra i libri e i piedi ben piantati nella sua terra renana, ci appare necessariamente bifronte. Sotto più di un profilo si addice al professore di Freiburg la splendida notazione che il Petrarca aveva, nelle ' Res memorandae ', riferito a se stesso: ' velut in confinio duorum populorum constitutus, ac simul ante retroque prospiciens ' (63).

A livello della teoria della/delle proprietà questo stato d'animo complesso prende forma nell'imbarazzo che nasce nell'interprete dal conflitto non risolto fra momento potestativo e momento fruitivo quali dimensioni caratterizzanti. La composta contemplazione di Bartolo, denunciante la serenità d'una visione non turbata da dissonanze, diviene in Zasius una sistemazione né definita né definitiva nella stessa previsione dello scrivente. Quel suo commentario, che tradisce il *cursus* della esposizione magisteriale, che si apre e si chiude continuamente e prolissamente, sembra conclamare una sua provvisorietà, una sua disponibilità a nuovi ripensamenti. Su un sistema di proprietà estremamente dilatato (si potrebbe spendere qualche ulteriore attenzione — ac-

(63) *Rerum memorandarum libri* (ed. crit. per cura di G. Billanovich), Firenze, 1943, lib. I, n. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

canto al dominio utile — anche a una nozione marginale ed equivoca ma significativa, che affiora in qualche pagina del Nostro, di *dominium limitatum* (64), o a quella di un *dominium revocabile* « quod datur iuris intellectu in re ipsa ») (65) galleggia una definizione che a quel sistema si attaglia solo forzatamente. Due idee-forza ispiratrici (e non nello stesso senso) sembrano percorrere quel sistema.

Se mai, lo storico che ha presente tutto l'itinerario dottrinale dei secoli futuri, non può fare a meno di sottolineare in Zasius

---

(64) Ci limitiamo a indicare un testo significativo, che tenta di ricondurre entro i termini delle consuete categorie giuridiche una fattispecie inseribile con parecchia difficoltà entro quelle categorie. Si tratta di situazioni a mezzo tra usufrutto e dominio, com'è il caso di quel testatore che « reliquit Titiae certa bona ad fruendum donec viveret et post mortem ipsius liberis suis ex conditione quod, si isti liberi sine liberis morerentur, bona devenirent ad quendam tertium » (*In primam Digestorum sive Pandectarum partem paratitla*, cit., *ad lib. VII, tit. IV-Quibus modis ususfructus amittatur*, n. 15). Per Zasius « in hoc casu, licet non sit ususfructus, tamen est dominium limitatum, quod in hoc sequitur naturam ususfructus, ut, decedente Titia, in persona liberorum dicatur novum dominium sed limitatum ... Hoc casu, quandiu liberi supersunt usque in infinitum, semper habebunt novum et limitatum dominium; vendere tamen et alienare non possunt » (*ibidem*). Una singolare figura di *dominium* contrassegnata dalla equivocità e a cui sembra assolutamente estraneo un contenuto di *abuti*. Segno che in tema di *dominium* opera quasi una doppia coscienza di Zasius, per un verso assolutizzante, per l'altro estremamente relativizzante.

(65) È il caso di Tizio che, gravemente ammalato, dona a Flacco *mortis causa* un fondo, tradendogli il possesso. Tizio risanato ha due strumenti processuali: la *condictio ob causam* e la *rei vindicatio*. Perché? Chi è il proprietario del fondo? Risponde Zasius: « dicite esse aliquod dominium, quod datur iuris intellectu in re ipsa, quo casu sunt omnia dominia revocabilia, et ista dominia possunt condici, quia saltem iuris intellectu sunt tralata ad alium. Ita est titulus donationis in lege nostra, et cum ista conditione bene potest stare rei vindicatio. Fundus potest condici et potest vendicari, quia donatarius realiter, vere et naturaliter non est dominus. Quapropter res ab eo vendicatur. Iuris intellectu fingitur dominus, quapropter ab eo potest condici. Ita maritus dicitur dominus rei dotalis iuris intellectu, sed natura, re ipsa, manet dominium in muliere ... Aliud est dominium irrevocabile, reale, verum, naturale, dominium iuris gentium, ut ita loquar. Tunc res non condicitur, quando hic dominium non est tralatum, sed vendicatur. Nos loquimur hic de dominio revocabili » (*Commentaria in Digestum Vetus*, cit., *ad l. Cum quis, de condictione causa data causa non secuta* (D. 12, 4, 12), n. 2 ss.; il testo citato è al n. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una dialettica fra *unum dominium* e *duplex dominium*, nella quale serpeggia un tentativo di recupero della unicità del dominio. È un tentativo che Zasius stesso fa abortire, che resta appena abbozzato, che è più volte smentito da scelte contrarie; è un tentativo soffocato in un tessuto culturale (cioè di cultura giuridica) fitto di aporie. Certamente, siamo però di fronte a un presentimento di quella unicità del dominio che tra poco sarà da molti clamorosamente gridata sui tetti sia in Francia che nella stessa Germania.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

UN PARADISO PER POTHIER

(Robert-Joseph Pothier e la proprietà ' moderna ')

1. Inezie metodiche. — 2. Pretese ' virtù ' per un immeritato paradiso. — 3. Robert-Joseph Pothier nella nicchia dell'antico regime. — 4. « Domaine de propriété » e dominio diviso. — 5. La struttura della proprietà: un diritto astratto? — 6. La sistemazione di Pothier: una teoria generale della proprietà? — 7. Pothier e il ' moderno ' della proprietà.

1. Gli anni che sono alle nostre spalle appaiono significativamente costellati da una fioritura di indagini giuridiche aventi ad oggetto il problema grave dell'appartenenza dei beni e qualificate tutte da una non episodica attenzione verso la dimensione storica del problema. Con l'ulteriore e intensa qualificazione: che questo approccio storico è deliberatamente sottratto alla retorica degli ornamenti stucchevoli e inutili, e altrettanto deliberatamente collocato in stretta funzionalità con la struttura interna del discorso giuridico, momento insostituibile di questo.

Già un simile atteggiamento metodico era perfettamente coglibile nelle robuste ricerche di Gambaro sullo ' ius aedificandi ' (1), (che risalgono al '75) e di Salvi sulle immissioni industriali (2) (pubblicate nel '79), mentre negli anni successivi, lavori come quelli di Belfiore (3) di Gliozzi (4) di Scozzafava (5) si caratteriz-

(1) A. Gambaro, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975.

(2) C. Salvi, *Le immissioni industriali - Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979.

(3) A. Belfiore, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979.

(4) E. Gliozzi, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, 1981.

(5) O. T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zano in modo singolare come indagini autenticamente storico-giuridiche (6). Segno che la storicità del sapere giuridico è degnità metodica che trova convinzioni sempre più diffuse (7); segno anche, per quanto attiene al tema specifico degli studi ora citati, che l'esigenza di un recupero della proprietà fuori dalla artificiosa galleria statuaria in cui si trovava imbalsamata da giusnaturalismi vecchi e nuovi ha indotto i giuristi a una completa immersione nella storia come estrema cautela dal rischio di rinnovate mitologie.

Chi scrive non può che guardare con soddisfazione a questa fioritura letteraria, perché è testimonianza positiva della consapevolezza più ricca della nostra civilistica ormai insofferente alle angustie esegetiche e tesa a cogliere nelle architetture giuridiche l'espressione d'una società e d'una cultura. Chi scrive, non da ora, ha proposto un comune banco di lavoro che veda affiancati interprete del diritto positivo e storico del diritto, uniti nella comune coscienza della complessità della dimensione giuridica, in costante disponibile colloquio, l'uno e l'altro segnati ciascuno da una vocazione specifica e ferrati ciascuno a uno specifico ' mestiere ', ma l'uno e l'altro resi più agguerriti culturalmente da questa reciproca attenzione, più mitridatizzati rispetto ai semplicismi della erudizione puramente archeologica e del tecnicismo metastorico (8).

---

(6) Diversa ci sembra essere la posizione di A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, I, Padova, 1982, presso il quale alla dimensione storica — cui si fa larga parte — si riserba un prevalente carattere di introduzione al diritto vigente.

(7) Atteggiamento che coinvolge tutte le branche della riflessione giuridica; negli stessi giuspubblicisti, che da sempre, sia per lo stato delle loro fonti, sia per la qualità del loro lavoro, hanno dimostrato sensibilità storica, è percepibile un intensificarsi di tale sensibilità, che si traduce talora nell'esigenza del giurista a ripercorrere da sé, per proprio conto, solitariamente, senza la tutela dello storico, itinerari che lo portano a temporalmente lontane ma incisive radicazioni. Ne è un esempio egregio il volume fresco di stampa di un intelligente e provveduto cultore del diritto amministrativo italiano, Alberto Massera. Il suo libro (*Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo - I. Stato persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1984) è un gesto — quanto mai gradito — di supplenza rispetto alla storiografia giuridica professionale. Sul tema dei beni pubblici e dei diritti collettivi una tangibile dimostrazione del nostro assunto è anche la recente ricerca di V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983.

(8) Alludiamo alla ' Pagina introduttiva ' preposta al primo volume dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Insomma, con due nemici da cui guardarsi: da un lato, l'isolamento miope; dall'altro, l'improvvisazione incauta.

In questa prospettiva, è senza dubbio positivo che il giurista senta la perenne tentazione di verificare da sé nella storia, senza ingombranti tutele, la regola vigente che ha di fronte, e che lo storico avverta la grande lezione della arricchente comparazione interiore col vigente. In questa prospettiva non può che essere benvenuta una esplorazione del civilista, solitaria, indipendente, nel territorio dello storico. Si deve solo esigere che allo spirito di avventura e alla curiosità intellettuale parimente lodevoli si accompagni una non meno lodevole, anche se non sempre gradevole, cautela: quella di munirsi degli strumenti dello storico, che — è verissimo — sono un fardello assai oneroso sulle spalle, come pesano sulle spalle dell'esploratore professionale roncole e ascie, arnesi più gravosi ma più utili del leggero coltello da tasca che non infastidisce ma non serve.

Talora si constata con piacere questa provvedutezza, e lo storico del diritto non può che esser grato della collaborazione e della supplenza; talora non può esimersi dall'esprimere qualche seria perplessità.

È il caso dell'ultima — e più recente — delle opere sopra menzionate, il grosso volume che, nel 1982, lo Scozzafava ha dedicato a « i beni e le forme giuridiche di appartenenza », un volume dominato dalla apprezzabilissima tensione a guardare alle radici di quella realtà in superficie che è la sistemazione attuale — normativa e dottrinale — dei rapporti di appartenenza, ma in cui manca talvolta lo spessore di indagine che solo consente la compiuta storicizzazione dell'oggetto. E quando si parla di spessore si vuol dire soltanto questo: le radicazioni *nel* passato si possono pienamente intendere unicamente se lo sguardo si attarda sulle radicazioni *del* passato; se il filo tracciato dallo storico non è separato dalla matassa aggrovigliata da cui il filo prende forma e vita, e che sola si pone come il supremo valore interpretativo di quello.

' Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno ' (Milano, Giuffrè, 1972), nella quale si invoca un colloquio più vivo tra ' storici del diritto ', ' filosofi del diritto ' e cultori del diritto positivo, e si segnano alcune elementari esigenze metodiche, come quelle di cui si fa qui discorso.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il segreto dello storico, dello storico autentico, non è soltanto l'amore e l'impossessamento del passato ma anche il rispetto del passato nella coralità del suo messaggio; un segreto che è tutto nell'umiltà dell'indagatore, che sa di doversi confrontare — e fare i conti — con un patrimonio complesso e complicato per attingere il miracolo della comprensione.

Questo confronto — Dio solo sa quanto greve di fatiche e di tormento — è, a nostro avviso, carente nelle pagine di Scozzafava; accanto alla meritoria sensibilità per la dimensione storica — della quale va dato atto con franchezza all'autore, che è professionalmente un cultore del diritto civile positivo — è mancata proprio l'umiltà di chinarsi a intendere quel messaggio, che ben di rado le fonti conclamano a piena voce ma più spesso serbano gelosamente in sé offrendolo a orecchi attenti e pazienti.

È perciò che la linea interpretativa del volume ci sembra fragile sotto il profilo storico-giuridico e che alcuni risultati di fondo suscitano in noi più di una perplessità. In questa sede vogliamo esaminare e discutere non già l'intero volume, in cui sono accatastati tanti (e troppi) temi e problemi, ma uno di questi risultati — il più vistoso, il più fondante per l'impianto di tutta la parte storica — incentrato sulla dottrina della 'propriété' in Pothier (9). Accanto alla indubbia rilevanza storica che ha di per sé, accanto al ruolo cospicuo che gioca nell'economia del volume, il tema delle concezioni proprietarie di Pothier serba due ulteriori motivi per essere isolato e per costituire oggetto di autonoma attenzione: perché lo stesso Scozzafava ha voluto dedicargli, nella sede di un illustre foglio giuridico italiano (10), un saggio indipendente poi trasfuso nel successivo volume e ha voluto in tal modo sottolineare l'importanza che vi adduceva; perché i vizi e i pregi dell'analisi di Scozzafava sono testimoniati specularmente nel suo approccio con l'opera del grande giurista settecentesco. A noi servirà per rendere concrete e specifiche, com'è doveroso, le generiche ragioni di perplessità accennate vagamente più sopra.

(9) Per una valutazione critica del volume si veda soprattutto l'ampia analisi di A. Belfiore, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in *Rivista critica del diritto privato*, I (1983).

(10) *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, LXXVIII (1980), p. 327 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. Per debito di chiarezza verso il lettore non si può non cominciare dalle conclusioni cui perviene Scozzafava e che sono assai nette e precise; anzi, a lui in prima persona è giusto dare la parola: « se con i termini « diritto moderno », « proprietà moderna » si allude correttamente a strutture giuridiche del tutto nuove quanto al contenuto e alle modalità di concettualizzare ed esprimere quest'ultimo, si può, a buon diritto, affermare che questa nuova fase della cultura giuridica si inizia con Pothier » (11); l'opera di Pothier è perciò da considerarsi « un tentativo di forzare la realtà » (12); egli infatti « evita di teorizzare una proprietà per un assetto socio-economico, che non conosce proprietari, forzando il dato reale nel concetto » (13), « riesce ad evitare il rischio che venga a crearsi uno scarto tra la sua teorizzazione e la realtà, forzando quest'ultima nei concetti » (14); con Pothier « la proprietà assurge a diritto generale ed astratto, completamente affrancato da qualsiasi residuo di carattere naturalistico » (15), « la nozione di proprietà, quale qualificazione generale ed astratta, totalmente autonoma rispetto a quella che può essere detta la sua dimensione fattuale, acquista dignità di autonoma elaborazione » (16); il giurista orleanese, « depurata la nozione di proprietà da ogni riferimento ad elementi di carattere naturalistico e fattuale, la fa assurgere a mera facoltà di disporre a proprio piacimento della cosa » (17); con lui « la proprietà è insomma divenuta un astratto diritto soggettivo, una qualificazione in cui essa ha perso ' ogni significato reale ' e ha ripudiato ' la sua storia pregiuridica ' » (18).

---

(11) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 219.

(12) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 211.

(13) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 220.

(14) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 223.

(15) SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 330.

(16) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 219. L'espressione « qualificazione generale ed astratta » riferita alla proprietà è costantemente ripetuta (cfr. *ibidem*, p. 222, nonché: *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 332).

(17) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 227. La frase si ritrova anche in: *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 340.

(18) SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 334.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sono parole franche, al di sotto delle quali non è coglibile l'ombra di una perplessità, la traccia di un dubbio; parole che, soprattutto in quell'ultimo riferimento a Pašukanis ([19]), ci delineano un Pothier assolutamente 'moderno', anzi quasi un futuribile, un anticipatore, quasi un corpo estraneo, rispetto alla società e alla scienza giuridica francesi a metà Settecento. Ci troviamo di fronte ad affermazioni senza dubbio entusiastiche, ma l'entusiasmo, proprio per la carica emozionale che gli è connaturata, rischia di essere spesso un consigliere non affidabile.

L'immagine che di Pothier e della sua teorica della proprietà è consegnata nelle pagine di Scozzafava è infatti, a nostro avviso, una immagine sfuocata e falsata, e pertanto fuorviante. Pothier, lungi dall'esser recuperato storicamente, viene al contrario violentemente proiettato in una sorta di rarefatta metastoria, assunto infondatamente in un paradiso cui le proprie virtù non gli dànno titolo. A meno di non costruire su di lui una apologetica; ma è per l'appunto il contrario di un'analisi storiografica.

3. Il paradiso dischiuso a Pothier è una cultura giuridica moderna, intesa come territorio netto e delimitato, di cui egli è la prima figura espressiva; le virtù beatificanti sarebbero soprattutto virtù profetiche, giacché la proprietà teorizzata da Pothier sarebbe pensata per un futuro assetto economico-giuridico della Francia.

Riletta più e più volte la testimonianza del giurista orleanese in tema di proprietà e di diritti reali, a noi verrebbe invece voglia di ribattere che con lui siamo piuttosto in presenza dell'ultimo dei giuristi di antico regime, intendendo per ultimo non quello cronologicamente estremo (ché la palma — se palma è — ad altri toccherebbe) ([20]), bensì colui cui è affidato il compito storico di

---

([19]) Scozzafava cita infatti E. B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in STUČKA, PAŠUKANIS, VYŠINSKIJ, STROGOVIČ, *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, p. 168.

([20]) Forse a Pierre-Paul Henrion de Pansey (1742-1829), colui che diventerà uno dei più incisivi processualisti e amministrativisti nonché uno dei magistrati più intelligenti e più preparati dell'età post-rivoluzionaria, ma a cui tocca in sorte di scrivere l'ultima grossa opera di diritto feudale e di pubblicarla, per ironia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistemare e definire il volto complessivo — cioè teorico e pratico — del diritto francese prerivoluzionario ([21]).

Pothier è l'ultimo dei giuristi *vecchi,* non il primo dei giuristi *nuovi.* Un solido filo conduttore, che corre senza discontinuità e cesure, lo lega alla cospicua consolidazione dottrinale del diritto nazionale francese, ai Dumoulin, ai Le Caron, ai Loisel, agli Choppin, così come alla legione dei commentatori del *droit coutumier* e allo stuolo dei feudisti. Pothier è certamente uno di loro. Egli — osservatore attento, intelligente, sensatissimo, con un gusto concreto per il tessuto vivo del diritto — contempla con acutezza e con oggettività l'estremo tornante di un lungo itinerario storico, sistemandolo e fissandolo in questa svolta suprema con tutto il carico di esasperazioni di cui — dopo più di tre secoli di vita — era singolarmente gremito.

Al fondo di un tormentato imbuto storico il giurista orleanese, provveduto di notevoli mezzi intellettuali, dotato di eccellente cultura anche romanistica, è naturalmente portato a sistemare. La sua operazione culturale non andò tuttavia più in là di una efficace e puntualissima sistemazione. Il costume giuridico dell'antico regime aderisce infatti profondamente alle sue ossa e trova in lui il proprio corifeo dalla voce straordinariamente nitida.

La fedeltà alle certezze del proprio tempo — in cui è profondamente inserito — sembra essere il contrassegno di questa pur forte personalità. Pothier sente appieno la tradizione della provincia francese, nel cui grembo consuma la sua non breve esistenza ([22]), e ne respira anche i limiti. Con questa obiettiva fortuna:

---

degli eventi, proprio nell'anno di grazia 1789; ci riferiamo alle sue incompiute ma rilevanti *Dissertations féodales,* Paris, 1789. O, più ancora, forse a François Hervé, giurista bretone, avvocato al parlamento di Rennes, autore di una monumentale *Théorie des matières féodales et censuelles* pubblicata in quattro parti a Parigi fra il 1785 e il 1788, la cui *Théorie des dîmes,* nel suo primo tomo, era già stampata a Parigi presso Knapen, quando nella notte del 4 agosto 1789 l'Assemblea generale abolì le decime.

([21]) Contentiamoci, per ora, di questa affermazione generica. Per un contenuto più preciso del c.d. ' diritto francese ', cfr. più avanti, p. 413.

([22]) Alcuni illuminanti dati biografici essenziali: nasce a Orléans nel 1699, figlio e nipote di magistrati orleanesi; studia nell'illustre Ateneo della città natale; è, assai giovane, consigliere al *Présidial* di Orléans; dal 1749 è professore alla Uni-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che il suo orizzonte abituale è costituito dalla città di Orléans, terra di diritto consuetudinario ma in cui circolano, anche in grazia della autorevole e risalente scuola giuridica universitaria, venature influenti di diritto romano; egli è così messo in grado di aver presenti in maniera vivace l'una e l'altra delle dimensioni giuridiche francesi, quella *coutumière* e quella *écrite*, quella nazional-popolare e quella romanistica.

E al giurista a lui contemporaneo si sente in dovere di offrire due strumenti, che debbono essere intesi come due contributi di chiarificazione e di ordinamento, le ' Pandectae ' (23) e i ' Traités du droit français ' (24), le prime un tentativo di recuperare la sapienza classica dalle sottigliezze filologiche ed esegetiche dei Culti per ridurla con interventi disinvolti a sistema completo ed armonico, i secondi per organizzare e ordinare le membra sparse, troppo sparse, del diritto *coutumier*, regio e parlamentare ancora consegnato nei mille volumi di commentatori, *arrêtistes*, feudisti e che tutti i tentativi precedenti, da Le Caron a Bourjon, avevano solo parzialmente sistemato.

L'interlocutore ideale di Pothier, anche del Pothier ' romanista ', è l'operatore giuridico della metà del Settecento, e non è senza significato che la sua grande fatica pandettistica sia stata condotta in strettissimo concerto col cancelliere D'Aguesseau,

---

versità orleanese succedendo a Prevôt de la Janès; è membro della *Chambre des domaines* per il ducato di Orléans; è anche scabino di Orléans, dove muore nel 1772.

(23) *Pandectae justinianeae in novum ordinem digestae cum legibus Codicis et Novellarum quae jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant*, che appaiono nel 1748.

(24) Per limitarci ai principali, nel 1761 viene pubblicato il ' Traité des obligations '; nel 1762 appaiono quelli sulla ' Vente ' e sui ' Retraits '; nel '63 sulla ' Constitution de rente ' e sullo ' Change '; nel '64 sul ' Louage '; nel '65 sui ' Louages maritimes ', sulla ' Société ', sugli ' Cheptels '; nel '66-67 sul ' Prêt à usage ', sul ' Prêt à consomption ', sul ' Dépôt ', sul ' Mandat ', sui ' Contrats aléatoires '; nel '68 sul ' Mariage '; nel '69 sulla ' Communauté '; nel '70 sul ' Douaire '; nel '71-72 sul ' Domaine de propriété '. Saranno pubblicati dopo la sua morte quelli sui feudi, sulle successioni, sulle donazioni tra vivi e testamentarie, sulla procedura civile e criminale. Come è dato vedere, una enorme opera di sistemazione dell'intero diritto privato e processuale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

probabilmente da questo voluta e promossa ([25]). Nulla di culto e di ludico nel suo lavoro, ma una dominante concezione strumentale della scienza — instillatagli dalle costanti letture del giansenista Nicole —, che non può non consistere in princìpi e nozioni ispirati alle fondazioni dell'etica cristiana e al buonsenso, e destinati ad ordinare, migliorare, arricchire la vita di una comunità.

Per questo Pothier non è un costruttore di architetture raffinate e ardite, né tanto meno l'artefice di teorie generali. Il suo lavoro teorico non è mai di-vertimento, ma è, anzitutto per convinzione morale, porzione integrante del suo impegno civile. Anche se è nutrito di buone letture romanistiche e filosofiche (da Cujacio a Donello a Grozio a Pufendorf a Barbeyrac), le sue pagine non potranno mai identificarsi in filosofemi astratti, ma saranno sempre e soltanto delle razionalizzazioni del passato e del presente giuridico. In altre parole, egli non è uomo di progetti né il divinatore di futuri svolgimenti. Il suo ruolo, quello che lui si è assunto, è unicamente di sistemare una determinata realtà oggettiva.

Il sistema di Pothier è sempre concreto: il suo punto di partenza, lo stimolo, non è l'inseguimento di una avventura intellettuale, bensì la positività di una esperienza giuridica storicamente vitale. Questa esperienza è il suo banco di lavoro e di prova, ed è su di essa che affondano i suoi arnesi sapientissimi. Per questo egli si presta all'opera compositiva fra diritto scritto e consuetudinario già avviata prima di lui a livello teorico e pratico; per questo egli è soprattutto legato al *droit coutumier*, che individua quale nerbo robusto, congeniale e tipizzante del « droit français », e lega la propria fama, così come vi ha legato più di trenta anni della propria vita, alla lunga serie dei ' Traités ', che altro non vogliono essere se non la limpida e solida sistemazione dell'autentico diritto nazionale dirozzato e deprovincializzato nell'officina di un giurista d'ingegno e di cultura.

Il mentore costante di Pothier, spesso citato ma più spesso ancora letto e pensato, l'uomo con cui fare i conti e da cui prendere le mosse, più che Domat, è Dumoulin, certamente uno dei

---

([25]) Cfr. le notizie offerte da DUPIN, *Dissertation sur la vie et les ouvrages de Pothier*, in R.-J. POTHIER, *Oeuvres ... contenant les traités du droit français*, Bruxelles, 1829, vol. I, p. XXIV ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondatori del diritto nazionale francese, al quale ancora a fine Settecento e ancora dopo la Codificazione si guarda dai pratici di rango come a una sorta di *pater patriae* di gran lunga superiore a Cuiacio ma con la mala sorte d'aver scritto le opere sue in uno stile barbaro ed oscuro (26). E non dimentichiamo che Dumoulin consegna la sua immagine, per i giuristi francesi a venire, soprattutto nel ' Traité des fiefs ' (che ancora nel 1773 Henrion de Pensey riproporrà a teorici e pratici) (27) e nel classico, imponente commento alla *coutume* principe, quella di Parigi, al quale dedicherà buona parte della propria vita di studioso (28); e non dimentichiamo

---

(26) Ripetiamo qui la frase disarmante del biografo ottocentesco di Pothier, che, fatta una sommaria comparazione fra Dumoulin e Cujas, non esita a esprimere la sua aperta preferenza per il primo: « avec une doctrine égale à celle de Cujas, un génie plus hardi, il n'eut que le désavantage d'écrire dans un style barbare » (DUPIN, *Dissertation sur la vie et les ouvrages de Pothier*, cit., p. XLIV). Dupin scrive in pieno momento di restaurazione, ed è un momento di riscoperta della tradizione nazionale dell'antico regime e delle sue glorie soprattutto da parte di magistrati e di avvocati con iniziative di singoli e anche delle grandi strutture istituzionali come l'Ordine degli Avvocati di Parigi e la Corte di Cassazione (cfr. ora D. R. KELLEY, *Historians and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton, 1984, soprattutto il capitolo V ' The legal Tradition '). Poco più sopra, nella stessa biografia di Pothier, Dupin, comparando il lavorio dei grandi culti francesi e dei creatori del ' droit français ', afferma di questi ultimi: « leur livrant combat [cioè a Cujacio, a Duareno, etc.] sur un point de coutume ou sur une ordonnance de nos Rois, auraient peine à s'entendre avec eux. A les voir si fort aguerris dans les subtilités romaines, si peu versés dans le véritable esprit de notre droit français, ils les tiendraient pour étrangers dans leur propre pays » (p. XL-XLI). Dove la chiave del successo, anche nel secolo XIX, della tradizione giuridica autoctona è indirettamente motivata nello sciovinismo caratteriale della cultura giuridica francese. Le *subtilités romaines* vengono contrapposte al *véritable esprit de notre droit français*, espressione del *pays* francese e identificato con lo *esprit de patrie*.

(27) *Traité des fiefs de Dumoulin analysé et conféré avec les autres feudistes*, Paris, 1773. Henrion de Pansey è anche l'autore di un ' Eloge de Dumoulin ' tenuto presso la Biblioteca dell'Ordine parigino degli Avvocati e che ora si può leggere premesso alla riedizione del ' Traité '. Sulla fortuna di Dumoulin feudista cfr. G. BOYER, *De la conception du fief chez Dumoulin et des principales conséquences qu'il en tire*, in *Mélanges* - I. *Mélanges d'histoire du droit occidental*, Paris, 1962, pp. 37-38.

(28) Egli comincia a redigerlo nel 1535, e nel 1539 farà la sua apparizione il commento al primo titolo. La seconda parte sarà pubblicata soltanto nel 1558

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che egli, anche quando maneggia il diritto romano (e lo fa spesso e con grande professionalità), non si lascia mai tentare dalle suggestioni del cultismo ludico ([29]), ma serba sempre la vigile consapevolezza della incidenza operativa delle costruzioni giuridiche (e ne sono esempio le sue trattazioni sull'usura e sugli effetti giuridici delle variazioni monetarie ([30]), sull'interesse ([31]), sulle obbligazioni divisibili e indivisibili) ([32]).

Dumoulin è il primo solido anello di quella catena ininterrotta il cui ultimo anello è Pothier; molte circostanze contribuiscono a legarli spiritualmente, ma soprattutto due: hanno la stessa visione del diritto, la stessa ripugnanza per il lirismo giuridico, gli stessi piedi ben piantati nella loro terra francese, che avvertono pervasa e permeata da uno spirito giuridico e da un costume proprii e peculiari e meritevoli di valorizzazione; sono ambedue incastonati in un paesaggio economico-giuridico che, nei duecento anni che separano il mite professore di Orléans dal grintoso avvocato parigino, non ha variazioni sostanziali. È l'antico regime

---

(cfr. J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566) - Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, 1980, pp. 31 e 46). È significativo che, negli ultimi anni della sua vita, egli si dedichi a un'altra grossa opera sul *droit coutumier*, che gli darà grande fama, anche nei secoli successivi, presso i pratici; intendiam riferirci alla pubblicazione e alla annotazione del 'Grand Coutumier de la France et des Gaules', che uscirà dopo la sua morte, nel 1567.

([29]) A meno che non faccia opera dichiaratamente di storico, come quando scrive il 'de dignitatibus, magistratibus et civibus romanis' o gli attualmente perduti scritti 'de muneribus et honoribus' e 'Historia tricentenaria'. Assai interessante in proposito è il volume di D. R. KELLEY, *Foundations of modern historical scholarship - Language, law and history in the French Renaissance*, New York-London, 1970, dove, in diversi intelligenti saggi qui ristampati dalle sedi più diverse, si affronta il problema di Dumoulin storico ed antiquario.

([30]) 'Tractatus de usuris', cui Dumoulin comincia a lavorare nel 1542, che è compiuto nel 1545 e che vede la luce nel 1547.

([31]) 'Tractatus de eo quod interest', frutto della complessa fatica dedicata al problema dell'usura e delle variazioni della moneta, e all'incirca coevo al 'Tractatus de usuris'.

([32]) Ci riferiamo alla 'Extricatio labyrinthi dividui et individui' pubblicata nel 1561, nella quale riprende corsi tenuti alle Università di Tübingen e di Dole. Quest'opera è all'origine di un lungo itinerario che sboccherà negli artt. 1217-1225 del *Code civil*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nelle sue certezze collaudate, nelle sue scelte di fondo, che preme su Dumoulin e Pothier, ed è un paesaggio di antico regime che essi disegnano sulle loro tele, ancora incandescente e contrastato il primo che risente tutta la mobilità del tormentato clima cinquecentesco, più riposato e fermo il secondo che vede intorno a sé attenuati, se non sopiti, le vecchie lotte e i vecchi dibattiti.

Intendiamo sottolineare che Pothier appartiene allo stesso mondo di Dumoulin, verso cui non ha movimenti di ripugnanza o di smentita, ma in cui si sente perfettamente a suo agio e di cui pretende esprimere i valori (33). Egli ne tira — e ne può tirare a metà Settecento — le conclusioni, ne canta l'epicedio. Quel che importa, è che lo sguardo si pone retrospettivo e che al futuro si porge i risultati del passato. Eloquente, quasi emblematica, è la stessa produzione letteraria di Pothier: inizia con la pubblicazione, nel 1740, del commentario alla ' coutume ' di Orléans e si chiude con quel ' Traité des fiefs ' che viene trovato *post mortem* fra le sue carte già redatto ma non perfezionato. Tutto è all'insegna della contemplazione dell'esistente, non della contestazione o della forzatura dell'esistente.

Sul piano delle forme di appartenenza e dei diritti reali la situazione giuridica non è dissimile da quella che ha di fronte Dumoulin. I duecento anni di ulteriore divenire storico, che ovviamente non trascorrono invano, alterano per due aspetti ma non

(33) Si pensi, per esempio, al modo come egli affronta l'istituto del retratto e soprattutto del cosiddetto *retrait lignager*, che è al centro delle sue attenzioni. Contro ogni visione individualistica, Pothier tiene a sottolinearne i valori, che sono poi null'altro che i valori della tradizione dell'antico regime in tema di famiglia e di patrimonio familiare. Ecco come egli si esprime, marcando volentieri l'origine non romana ma secondo lui squisitamente francese dell'istituto: « Le retrait lignager ne nous est pas venu du droit romain ... est ... de pur droit français ... Il a son fondement dans l'attachement qu'avaient nos pères aux biens qui leur étaient venus de leurs ancêtres. C'est cet attachement qui a fait naître plusieurs de nos lois coutumières, dont la fin principale est de conserver ces biens dans les familles » (*Traité des retraits*, P. I, chap. I, n. 4, in *Oeuvres*, cit., t. II). Un tardo editore di Pothier, il Bugnet, professore di *Code civil* alla Sorbonne, scrivendo nel 1861, si sentirà in dovere di prendere le distanze dalle idee del maestro orleanese, sottolineando il carattere ' democratico ' delle riforme legislative rivoluzionarie e post-rivoluzionarie, che avevano mutato volto all'istituto del retratto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mutano il panorama giuridico: si placa e tende a comporsi quella contrapposizione netta fra regime di diritto scritto e di diritto consuetudinario, che è viva nella realtà cinquecentesca e nelle pagine di Dumoulin; Pothier ha di fronte invece il *droit français*, che mantiene certamente il suo cuore e il suo nerbo nel vecchio *droit coutumier*, ma si è arricchito e complicato con il sedimentarsi dei giudicati dei grandi Parlamenti, di una dottrina non spregevole dal buon Guy Coquille a Bourjon, e soprattutto con l'apporto determinante degli spesso organici interventi delle *ordonnances* regie; che è tuttora, nel secolo XVIII, un regime còlto in dialettica col diritto romano, ma che, per aver assorbito — strada facendo — anche princìpi e nozioni propri di quest'ultimo, pretende al ruolo di diritto dell'unità nazionale in una tensione più congiuntiva che disgiuntiva. La situazione dei concessionari di beni si è vieppiù consolidata *de facto*, e *de facto* vieppiù si è logorato, malgrado le proteste e i tentativi di rivalsa dei concedenti, il cordone ombelicale che lega, nell'assetto feudale, il *dominus utilis* al *dominus directus*, il vassallo, il *censitaire*, lo *champartier*, l'enfiteuta, e via dicendo, al signore.

De iure l'assetto definitivo della proprietà e dei diritti reali è già compiuto a metà Cinquecento; il successivo cammino è frutto soltanto di inerzia, e per inerzia giunge intatto fino a Pothier con la compostezza delle acquisizioni sigillate dal tempo. Prendiamo le mosse da un testo basilare del ' Traité ' pothieriano; un testo in cui si delinea l'estremo approdo della prassi e della teoria del vecchio dominio diviso:

> « Il n'y a aujourd'hui, à l'égard des meubles, qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété. Il en est de même des héritages qui sont en franc-aleu. A l'égard des héritages tenus en fief ou en censive, on distingue deux espèces de domaines: le domaine direct, et le domaine utile ... c'est, à l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété. Celui qui a ce domaine utile, se nomme propriétaire, ou seigneur utile; celui qui a le domaine direct, s'appelle simplement seigneur. Il est bien le propriétaire de son droit de seigneurie; mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage » (34).

(34) POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété* (in POTHIER, *Oeuvres*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ha ragione Scozzafava di sottolineare con vigore questo testo, ma ha torto di offrircelo, nella sua pagina, dopo averlo sottoposto a una combinazione di amputazioni e cuciture che ne deformano e ne sconvolgono il significato. Di questa falsazione parleremo anche più avanti quando affronteremo il problema della costruzione della proprietà in Pothier ed esamineremo il complesso delle testimonianze. Dobbiamo tuttavia farne un breve esame anche qui, che ci occupiamo della collocazione storica di Pothier, per le fuorvianti conseguenze in chiave storica che da questa falsazione derivano.

Il senso del discorso di Pothier è chiarissimo: per le cose mobili il regime vigente prevede « une seule espèce de domaine », la *propriété*; per le cose immobili identica è la soluzione in ordine a quelle allodiali, « qui sont en franc-aleu », cioè sottratte ai condizionamenti del regime signoriale e il cui proprietario riconosce direttamente da Dio i suoi poteri ([35]); ma è profondamente diversa in ordine agli immobili feudali e censuali, nei quali si ha una scomposizione del *domaine* pieno e complessivo in due « domaines », il diretto e l'utile. Il maestro orleanese, descrivendo e sistemando il quadro d'insieme che ha dinnanzi recepisce (vedremo poi come) senza discutere lo schema della proprietà divisa che è il principio costituzionale dell'ordine feudale, e ne fa salve soltanto le cose mobili e le allodiali. Le figurazioni della appartenenza appaiono numerose e complesse.

Ecco invece l'infedele e falsante trascrizione che ne fa Scozzafava: « Precisa infatti il Pothier che ' il n'y a aujourdh'hui, à l'égard des meubles, qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété ', ma invero ' il en est même des héritages', il cui ' domaine utile ... s'appelle domaine de propriété ',

---

cit., t. V), p. 210 (d'ora in avanti, sarà da noi sempre citato come POTHIER, *Propriété*).

([35]) « Tenir en franc-alleu est tenir de Dieu tant seulement, fors quant à la justice »: è la frase iperbolica di Loisel (che troviamo però ricorrente in testi consuetudinarii e dottrinali, in redazioni diverse ma con pari significato sostanziale), efficace nel sottolineare la sottrazione del bene allodiale a ogni ingerenza dell'ordine feudale, eccezion fatta per la sottomissione alla giustizia del giustiziere locale (il passo di Loisel è citato da E. CHENON, *Etude sur l'histoire des alleux en France*, Paris, 1888, p. 184).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per cui ' celui qui a ce domaine utile s'appelle propriétaire ... celui qui a le domaine direct s'appelle simplement seigneur ' ed egli è solo ' propriétaire de son droit de seigneurie ' » (36).

L'aver omesso, deliberatamente o per frettolosa distrazione, il riferimento, che è preciso nel testo pothieriano, al *franc-aleu*, e l'avere indebitamente riferito a tutti gli *héritages* quanto il giurista ha imputato soltanto all'*héritage* allodiale, dà un'immagine di conquista di una proprietà unitaria, che è strutturalmente l'opposto dello sfaccettato discorso di Pothier, tutto teso a diversificare piuttosto che a unificare, a distinguere la situazione giuridica di allodii e cose mobili dalla realtà giuridicamente tanto diversa delle *tenures*. Per il sistema descritto da Pothier non fu certo « combattuta una rivoluzione » ma per abbatterlo, perché con Pothier non solo non si realizzava « il definitivo trapasso storico » preteso dal nostro giovane civilista, ma si perpetuava nella sostanza un assetto giuridico già definito da secoli e senz'altro già pienamente maturato nel Cinquecento consuetudinario (37).

Ascoltiamo Dumoulin, mentre glossa le parole ' proprietaires et seigneurs ' contenute nel titolo sui feudi della *Coutume* di Parigi:

> « Secundum communem nostrum modum loquendi aliter quam in iure scripto accipimus istud verbum proprietas, quia de iure proprietas strictius et dominium latius accipitur, ut vult Baldus ... Appellatione enim dominii venit omne dominium, sive directum, sive utile, sive feudale, sive emphyteuticum vel superficiarium et etiam dominium iurium ..., sed proprietas non capitur nisi pro ipso directo dominio ... unde nomen proprietas, est nomen directum et nunquam obliquatur nec ponitur pro utili dominio, ut tradit Baldus ... sed apud nos est e converso, quia dominus directus non dicitur proprietarius nec habere proprietatem soli sed solum dominium suum superius. Vassallus autem, censuarius vel emphyteuta dicitur habere verum dominium et proprietatem ipsius rei et hunc solum proprietarium vocamus. Et est ratio, quia dominium utile quandiu

(36) Così Scozzafava, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 338, affermazione riprodotta anche in Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 224, nota 49.

(37) Le frasi virgolettate sono di Scozzafava (cfr. la prima citazione di nota 36) e rappresentano le sue conclusioni sul testo citato più sopra.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

durat vincit directum ... et ad dominum utilem spectat immediata dispositio rei iure dominii. Ad dominium autem directum non spectat nisi mediate et remote. Imo non dicitur habere potestatem et administrationem ipsius rei, sed solum iuris sui directi et potestatis dominicae, cuius per se sumptae apud nos vocatur proprietarius dumtaxat. Et sic domini directi magis habent possessionem vel quasi et dominium iurium suorum quam ipsius rei vel soli ... Merito non vocantur proprietarii ipsius rei, quia solum feudale in se magis proprie est vassalli quam patroni, cuius proprie est ius patronatus » (38).

L'analisi giuridica di Dumoulin corre esattamente sulla stessa linea di quella di Pothier, e medesimo è il risultato. Dice il commentatore della *coutume* di Parigi: « solum feudale in se magis proprie est vassalli, quam patroni, cuius proprie est ius patronatus »; dice il tardo sistematore della materia dei diritti reali: « [le seigneur direct] est bien le propriétaire de son droit de seigneurie, mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage ».

A mezzo Cinquecento, quando Dumoulin scrive, la profonda involuzione-evoluzione dell'assetto feudale e dei rapporti fondiari, che porta in Francia a uno snaturamento della istituzione-feudo e delle realtà a questa connesse e a un capovolgimento dell'equilibrio giuridico della relazione concedente-concessionario, si è già perfettamente compiuta. Essa si faceva già presagire in tutta la patria consuetudinaria francese quando, ai primi del Trecento, l'avvocato e siniscalco Jean Faure « summus Franciae consuetudinarius » (39) segnalava, contro la tradizione italiana dei *libri feudorum*, l'uso costante e generalmente osservato in Francia di consentire al vassallo l'alienazione del feudo senza il consenso del concedente (40). I rapporti di forza si erano già allora fonda-

(38) Charles DUMOULIN, *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, tit. I - De fiefs, § LV, glo. II in ver. ' Les propriétaires et seigneurs ', nn. 1 e 2 (in *Opera quae extant omnia* ..., t. I, Parisiis, 1658). Dumoulin commenta l'art. 55 della *Coutume* riformata, corrispondente all'art. 37 della redazione antica.

(39) Cfr. A.-J. BOYÉ, *Notes sur Jean Faure*, in *Etudes d'histoire du droit offertes à Pierre Petot*, Paris, 1959, p. 34. L'epiteto latino è di Nicolas Bohier, un distinto pratico che opera fra Quattrocento e Cinquecento, e si trova nel suo commento alla *coutume* di Bourges.

(40) Jean FAURE, *In Iustiniani Imp. Institutiones iuris civilis commentarii* ...,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mentalmente invertiti e il diritto registrava l'evento al livello sensibilissimo della *coutume*. Primo segno di una mutazione sostanziale che, duecento anni dopo, si sarebbe tradotta in una mutazione dello stesso apparato formale e della terminologia; e non è sorprendente se in molte consuetudini redatte, per esempio in quelle dei paesi di Anjou e di Maine (red. 1464), di Ponthieu (1495), del Perche (1505), di Melun (1506), di Sens (1506), d'Anjou e di Maine (red. 1508), di Chartres (1508), di Troyes (1509), d'Artois (1509), di Parigi (1510) si parla ormai del concessionario come 'propriétaire', e della sua situazione giuridica come 'propriété' (41).

L'antico titolare di uno *ius re in aliena* è nel Cinquecento, in Francia, al colmo d'un lungo itinerario, realizzato capillarmente dapprima sul terreno impalpabile dei fatti, delle relazioni economiche e sociali, poi su quello delle acquisizioni giuridiche, della conquista di un nuovo ruolo formale nella consacrazione dei testi normativi nazionali e della riflessione dei giuristi nazionali. Dumoulin rappresenta quest'ultima fase consacrativa, che poi troverà piena voce poco dopo nelle opere di Choppin (42), di Cha-

---

Lugduni, 1543, in lib. III - tit. XXIII 'De emptione et venditione', nn. 2 e 3, e tit. XXV 'De locatione et conductione', nn. 2 e 3. Il commento alle Istituzioni, opera della maturità del maestro, risale agli anni 1335-1340. Quasi due secoli dopo Faure, Nicolas Bohier, commentanto la *coutume* di Bourges, sempre citando l'autorità del grande giurista bordolese, ribadisce: « hodie feuda in regno Franciae sunt redacta ad instar patrimoniorum quo ad ius succedendi, vendendi, transferendi ac cedendi, ut notat Joannes Faber ... » (*Consuetudines infrascriptarum civitatum et provinciarum Galliae*: *Bituricensis* Nicolai Boerii, *Aurelianensis* Pyrry Englebermei, *Turonensis* Ioan. Saison ... *commentariis singulae illustratae* ..., Francofurti, 1575 - *Des coustumes des fiefs et cens*, § I e II). La cosa feudale, quando scrive Bohier, è ormai 'in patrimonio vasalli'.

(41) J. Lecler, *Propriété et féodalité - Qu'est-ce-qu'un propriétaire sous l'ancien régime*, in *Etudes*, CCXIX (1934), p. 442. Cfr. per tutti il *Glossaire du droit françois contenant l'explication des mots difficiles qui se trouvent dans les ordonnances de nos Roys, dans les coustumes du Royaume, dans les anciens arrests et les anciens titres*, curato originariamente da F. Ragueau, poi rivisto da E. de Laurière, *sub voce* 'Seigneur utile' (mancano le voci 'Propriété' e Propriétaire'): « c'est le propriétaire qui possède et jouit de l'héritage censuel, feudal ou redevable de rente foncière ». L'edizione originale del Ragueau risale al 1583; noi citiamo dalla edizione parigina del 1704.

(42) René Choppin, *Commentaires sur la Coustume d'Anjou*, in *Oeuvres*, t. I,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rondas Le Caron (43), di Loyseau (44). È dunque una recezione generalizzata da parte dei testi *coutumiers* ma anche delle prevalenti scuole giuridiche, e Choppin, che scrive il suo commento alla ' Coutume d'Anjou ' nel 1583, ha cura di segnalarci che una *propriété* così intesa è « comme elle a commencé à estre prise és écoles au temps de nos pères » (45).

L'ulteriore passo sostanziale si compirà (o comincerà a compiersi) rispetto a questo approdo cinquecentesco, non già con Pothier ma con gli eventi rivoluzionari, quando, nella notte del 4 agosto 1789, le plurisecolari aspirazioni dei concessionari-vassalli *censitaires*, *champartiers*, tutti *propriétaires* nell'àmbito del regime signoriale — saranno finalmente soddisfatte (o cominceranno ad avere una definitiva soddisfazione) (46). E saranno soddisfatte con la seconda trasformazione nella qualità giuridica dei beni e dei rapporti di appartenenza che compare nella storia del diritto francese: la prima si era verificata nel tardo medio evo con il reciproco scambio di posizione giuridica fra *seigneur* e *vassal*, con la degradazione del primo — antico proprietario-concedente della terra — a proprietario del suo diritto di signoria e con l'eleva-

---

Paris, 1663, p. 17: « J'entends en cet endroit la propriété selon nostre forme de parler pour le domaine utile des choses, comme elle a commencé à estre prise ès écoles au temps de nos pères et non pour la seigneurie directe ».

(43) « Quant au vassal, puis qu'en France les fiefs sont reduits à l'exemple des autres héritages, il est vray seigneur et tel se peut dire et non usufruictier, ains propriétaire, subiet seulement à son seigneur dominant et superieur de la foi et hommage et autres droicts et devoirs portez par l'ancienne investiture ou par la coustume ... Le propriétaire encore se dit à la difference du seigneur direct » (Loys CHARONDAS LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droict françois*, l. II, Paris, 1607, chap. XIX, p. 188). Louis Le Caron (1536-1617), avvocato e funzionario regio, luogotenente del baliaggio di Clermont en Beauvoisis, pubblica le ' Pandectes ' nel 1596.

(44) « Le seigneur direct est plutôt dit seigneur de sa rente que de la terre qui la doit » (Charles LOYSEAU, *Traité des offices*, lib. V, ch. II, in *Oeuvres*, t. I, Genève, 1636).

(45) Cfr. la citazione fatta più sopra, alla nota 42. Notazioni utili possono reperirsi in BOYER, *De la conception du fief chez Dumoulin*, cit., p. 44 ss.

(46) Cfr. le documentate pagine di M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de1789-1804) - La Révolution et la propriété foncière*, Paris, 1959, p. 174 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione del secondo — antico titolare di un diritto reale limitato sulla terra — a proprietario della terra; la seconda si verificherà nel 1789, quando il suolo sarà liberato dai diritti di signoria, e le ultime reliquie — ancora ingombranti e più pesanti di quanto si possa credere ([47]) — del sistema feudale saranno spazzate nel giro di un breve tempo.

Nella frase famosa e controversa d'Hyppolite Taine la Rivoluzione « est par essence une translation de propriété » ([48]). Non errata ma unilaterale si rivela questa diagnosi tante volte ammirata o combattuta. Certamente, traslazione ci fu e rilevantissima (basterebbe pensare alla titolarità dei beni già ecclesiastici), ma, nella coscienza dei suoi protagonisti, la Rivoluzione intese essere soprattutto trasformazione nella qualità giuridica dei beni. La voce più autentica è quella di Merlin, *rapporteur* del decreto 15 marzo 1790 sulla abolizione del regime signorile ([49]), che, rivolto ai membri dell'Assemblea, guardando a ritroso il grosso lavoro compiuto, insisterà con dichiarato compiacimento su quella trasformazione facendone l'emblema dell'azione rivoluzionaria: « vous avez changé la nature de ces biens » ([50]). Quella natura che era

---

([47]) Che per tutto il secolo XVIII e, *in extremis*, anche sotto il regno di Luigi XVI la signoria diretta (con un sostanzioso aiuto da parte di taluni giuristi) abbia tentato una riorganizzazione del suo apparato impositivo e, se non un appesantimento dei gravami imposti ai fondi feudali, almeno un inusitato rigore nell'esazione, è la tesi delineata e documentata nel saggio di P. SAGNAC, *Quomodo iura domini aucta fuerint regnante Ludovico sexto decimo*, Le Puy, 1898. Il panorama è assai sfaccettato, ma la documentazione convalida una tendenza generale in questo senso (cfr. GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 169 ss., nonché il preciso studio di A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, Paris, 1937, pp. 67-69.

([48]) H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine. La Révolution*, t. I, Paris, 1878, p. 386.

([49]) Merlin de Douai era presidente di una delle due sotto-commissioni in cui si articolava il *Comité de féodalité* nominato dall'Assemblea il 12 agosto 1789 per definire il problema dell'abolizione dei diritti feudali. Sul decreto 15-28 marzo 1790 cfr. GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 186 ss.

([50]) La parte essenziale del discorso, tenuto alla Assemblea Costituente nella seduta dell'8 febbraio 1790, può essere comodamente letta in MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, 1826, t. XII, sub voce *Fief*, *sect.* II, § VI, n. I, dove lo stesso Merlin autobiograficamente la riporta. Merlin, giurista, ha cura, poco dopo nella sua esposizione, di precisare in che consistesse

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rimasta intatta da Dumoulin a Pothier, che questi ha contemplato e trascritto ospitandola nel suo sistema.

Ripetiamo e concludiamo: il discorso, la sistemazione di Pothier sono vecchi; la qualità della sua analisi giuridica circa il rapporto concedente-concessionario è la stessa di Dumoulin; egli traduce in un limpido francese il contorto latino dell'avvocato cinquecentesco. Il relativamente nuovo è il naturale portato di duecento anni di storia sociale e di interpretazione tecnico-giuridica: quanto Dumoulin, guardando con disprezzo alla tradizione subalpina (51), affermava osservato e vigente « in tota patria consuetudinaria » (52) sottolineando con vigore la diversità di scelta fra il diritto romano e quello *coutumier*; quanto egli ci porge la soluzione *coutumière* come in aperto contrasto con quella ' romanistica ' di Baldo e dei dottori e feudisti del *mos italicus*; quanto egli — nell'insieme della sua complessa testimonianza di cultore del diritto nazionale e del diritto ' romano ' — ci dimostra dubbi e tormenti personali nella frizione non ancora composta fra le due dimensioni giuridiche — scritta e consuetudinaria — in lotta (53); tanto Pothier è sicuro di sé, tanto la sua pagina è definita

---

il cambiamento nella natura dei beni cui ci si riferisce ellitticamente nel nostro testo. Mette conto di trascrivere integralmente il passo: « en détruisant le régime féodal, vous n'avez pas entendu dépouiller de leurs possessions les propriétaires légitimes des fiefs; mais vous avez changé la nature de ces biens: affranchis désormais des lois de la féodalité, ils sont demeurés soumis à celles de la propriété foncière: en un mot, ils ont cessé d'être des fiefs, et sont devenus de véritables alleus ».

(51) A proposito dei *Libri feudorum* egli afferma con palese dispregio: « illi textus non sunt ius scriptum sed privata recitatio quarundam consuetudinum localium Insubriae circa feuda » (DUMOULIN, *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, tit. II - de censive, § LXXIII, in ver. ' Seigneur censier ou foncier ', n. 16.

(52) DUMOULIN, *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, tit. I - de fiefs, § LV, gl. II, in ver. ' Les propriétaires et seigneurs ', n. 2.

(53) La posizione di Dumoulin è chiara ed univoca, quando ci riferisce lo stato del ' droit coutumier ' francese e lo traduce tecnicamente, cioè dal punto di vista della tecnica giuridica, in termini e concetti rigorosi e provveduti; il presupposto storico, fattuale, è « quia consuetudo in feudo permittit vassallo retenta fide quoquomodo libuerit disponere de feudo » (*In duos priores titulos Consuetudinis commentarii*, tit. II - de censive, § LXXIII, in ver. ' Seigneur censier ou foncier ', n. 20). Da romanista, sembra altrove accettare la teorica del dominio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e sistemata, tanto è sdrammatizzato e riposato il paesaggio giuridico dove la dominanza del *droit français* si è consolidata.

Ma, allora, si tratta davvero di un ripensamento solitario e personalissimo di Pothier, che proiettò sulla realtà circostante il frutto d'una sua ardita concezione anticipatrice e fece così violenza a questa realtà? Che « col suo Trattato del dominio di proprietà portò a compimento la Rivoluzione francese con qualche decennio di anticipo », come dice Scozzafava (54)? O non si trat-

---

diviso nella consolidazione che aveva fornito la grande officina del più maturo commento: « proprietatem non solum pro directo sed etiam pro utili dominio passim accipi ...; ubicumque enim in utroque iure fit mentio de proprietate, verificatur non solum in dominio directo sed etiam in utili ... » (*ibidem*, tit. II - de censive, § LXXVII, in ver. « Seigneur censier ou foncier ', nn. 5 e 7), dove la posizione giuridica del *dominus utilis* appare senz'altro acquisita alla dimensione proprietaria del bene. Ecco un testo significativo in cui Dumoulin analizza da un punto di vista squisitamente giuridico la situazione di un bene oggetto di più concessioni successive: « Ego autem dico quod primus directus dominus possidet civiliter vera et propria civili possessione, sicut solus proprie sive antonomastice est dominus directus. Ultimus autem dominus, sive sit ultimus vasallus sive sit censuarius aut emphyteuta ultimi vasalli, non curo: dummodo sit ultimus utilium dominorum habens realem fruitionem et verum et naturale commodum rei, possidet naturaliter vera, et propria perfecta naturali possessione, sicut ipse solus proprie et perfecte dicitur dominus utilis, quem Gallici vulgo proprietarium vocant » (*ibidem*, tit. I - de fiefs, § I, glo. VI, in ver. ' Mouvant de luy ', n. 9), dove risalta il contrasto fra diritto ' volgare ' e ' sapienziale ' nell'ambito del Regno di Francia. Ma, in altro luogo, segnala una tensione all'unità fra le due aree giuridiche francesi: « idiotismo nostro dominus directus et is quem proprie et stricte *Tresfoncier* vocamus non dicitur proprietarius, sed vox proprietarii apud nos non solum in locis quae consuetudine sed etiam quae iure scripto reguntur, pro ultimo domino dumtaxat sive pro possidente iure dominii etiam utilis tantum usurpatur » (*ibidem*, tit. II - de censive, § LXXVIII, glo. IV, in ver. ' Seigneur censier ou foncier ', n. 4). Segno che il Cinquecento francese è una zona tormentata e ancora incandescente.

(54) Scozzafava precisa, a onor del vero, conscio della singolarità di quanto scrive: « se ci è consentita un'esagerazione » (SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 332). Ribattiamo — e il prossimo capitolo lo dimostrerà, se il presente non l'ha già dimostrato — che questa esagerazione non può essere consentita a chi pretende di conoscere Pothier. Comunque la si voglia interpretare, la azione rivoluzionaria sulla proprietà è una puntigliosa defeudalizzazione, un suo recupero alla situazione giuridica propria degli allodii, nel presupposto ideale e politico che il regime feudale è un male antico da estirpare alle radici. Tutto questo è impensabile per Pothier e da lui neppur minima-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tava piuttosto del naturale svolgimento di un processo già in atto nel Cinquecento e ormai consolidato nella prassi e nell'analisi teorica, sì che l'opera di Pothier fu nient'altro che quella di un lucido, provveduto e sensibile sistematore?

Il processo è l'irreversibile movimento storico a favore del *dominus utilis*, l'itinerario della lenta ma crescente e sempre meno discussa identificazione in lui del *propriétaire* in linea di fatto e di diritto, dopo che la prassi aveva consegnato nelle sue mani la sostanza dell'appartenenza del bene. Se sopravvivono ancora opinioni formaliste che riproducono il vecchio schema del dominio diviso nel suo originario equilibrio ([55]); se la monarchia, tutta presa nei suoi miopi rigori passatisti e tutta intenta a una interpretazione formalmente corretta anche se storicamente insensata dei caratteri originarii dell'antico regime, non manca — ancora nei suoi ultimi sussulti — di considerare come *propriété* le situa-

---

mente pensato. Pothier è personaggio immerso fino al collo nel clima feudale di un *pays censuel* come l'Orleanese e la Beauce, che contempla la realtà signorile, la descrive, la analizza da giurista e la sistema; che è lungi dal far progetti sulla sua estirpazione o dal contribuire in tal senso. Sia chiaro: la Rivoluzione francese, come nessuna altra Rivoluzione della storia, non la faranno i giuristi, personaggi che preferiscono come le nottole volare nel tramonto delle giornate, secondo una immagine famosa e suggestiva.

([55]) Un illustre esempio è quello di HENRION DE PANSEY, *Dissertations féodales*, cit., t. I, p. 270, dove continua a regnare una nozione, tutto sommato, tradizionale di dominio utile. Cenni sulla evoluzione dottrinale — che noi non siamo in grado, in questa sede, di seguire con l'attenzione che meriterebbe — possono reperirsi già nel vecchio, citatissimo libro di CHAMPIONNIÈRE, *De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains et de la valeur actuelle des concessions féodales*, Paris, 1846 (soprattutto pp. 148-149), un libro che, nel bene e nel male, costituisce, come miniera di dati purtroppo non tutti esatti, una sorta di archetipo per buona parte della letteratura posteriore che ne resta affatto tributaria (è, per esempio, clamorosamente, il caso di H. BEAUNE, *Droit coutumier français - La condition des biens*, Paris-Lyon, 1886, p. 172 ss., ma anche del troppo decantato E. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, Paris, 1923 (la prima edizione risale però al 1882), pp. 30-32, che è sul punto assai superficiale). Più utili le pagine di R. BEUDANT, *La trasformation juridique de la propriété foncière dans le droit intermédiaire*, Paris, 1889, pp. 132-139, frutto di più ampie ricerche documentarie e di una riflessione più autonoma, e di PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, cit., p. 58 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni del *seigneur* concedente ([56]); se in taluni libelli politico-giuridici si parla ancora di *co-propriété* a proposito del rapporto feudale ([57]), v'è al tempo in cui Pothier scrive il ' Traité du domaine de propriété ' una corrente consolidata, che egli si limita a registrare.

E ce ne rendiamo conto, se apriamo il più diffuso e apprezzato ' Dictionnaire de droit ', quello di Claude-Joseph de Ferrière; consultiamolo nell'edizione che appare, a Parigi, nello stesso anno di pubblicazione del ' Traité ' pothieriano, ossia nel 1771 ([58]). Vi si definisce come ' propriétaire d'un heritage ' « celui qui en a la propriété, c'est-à-dire le droit d'en jouir et d'en faire ce que bon lui semble, soit qu'il le tienne en fief, ou en censive ou en franc aleu » ([59]), dove vassallo, censitario, proprietario allodiale sono disinvoltamente messi sullo stesso piano.

È chiaro che la strada cammina verso un recupero della unitarietà della nozione di proprietà. Di lì a pochi anni, l'autore dell'ultima grande trattazione feudistica che trova compimento prima della Rivoluzione, François Hervé, che pur proviene da un paese accanitamente antiallodiale come la Bretagna, insegnerà,

---

([56]) Così si esprime Luigi XVI nel preambolo all'editto dell'8 agosto 1779 (cfr. BEUDANT, *La transformation juridique de la propriété foncière*, cit., pp. 182-83). Le stesse nozioni saranno monotonamente ripetute dal Re fino alla soglia degli Stati Generali.

([57]) Per esempio, nel famoso libello su *Les inconvénients des droits féodaux*, uscito anonimo a Londra nel 1776 ma dovuto alla penna di Boncerf, *premier commis* di Turgot e che fu bruciato dal boia per disposizione del Parlamento di Parigi, perché ritenuto contrario alle basi stesse dell'ordine pubblico francese. Sui contenuti del libello cfr. BEUDANT, *La transformation juridique de la propriété foncière*, cit., p. 172 ss.

([58]) Il ' Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les jurisdictions de France ' di Claude-Joseph de Ferrière (1680-1750 circa) non è altro che la rifusione in veste di dizionario della ' Introduction à la pratique contenant l'explication des principaux termes de pratique et de coutume ' opera del padre, Claude de Ferrière (1639-1715), scienziato e pratico del diritto di qualche talento e rispetto. La prima edizione della ' Introduction ' è del 1679. Nel 1718 il figlio ne cura una una edizione rinnovata sotto il titolo di ' Nouvelle introduction à la pratique '. La prima edizione del ' Dictionnaire ' è invece del 1734.

([59]) Il tenore è identico anche nelle precedenti edizioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel 1785, « que les Fiefs appartiennent en pleine propriété aux vassaux » e che costituiscono per essi « une propriété parfaite » (60).

Pothier, più rigoroso di Hervé nella sua educazione civilistica, più vincolato ai dati formali dell'ordinamento giuridico, non aveva osato dir tanto. Toccherà al feudista, maggiormente legato alla fattualità, avvezzo più a una valutazione sostanziale — cioè economica — che formale degli istituti, toccherà a lui, per ironia della sorte, esprimendo l'estremo approdo involutivo della *tenure* nell'Antico Regime, di presentire e prefigurare quanto la rivoluzione definirà sul piano giuridico-formale cancellando gli ingombranti residui della impalcatura signoriale così come ci appaiono presenti e tangibili nella sistemazione del « Traité ' pothieriano. Questo ' Traité ' ci sembra, per molti versi, più vicino a Dumoulin che a Hervé.

4. Dunque, Pothier non è l'antiporta della Rivoluzione, ma v'è chi — nel ventennio successivo — spinge ben più in là la propria analisi fino a parlare della proprietà feudale e censitaria come d'una proprietà perfetta. Questo — ripetiamolo — Pothier non l'ha mai né scritto né pensato. Anzi ha fatto un discorso sensibilmente diverso, che converrà esaminare puntigliosamente in tutte le sue articolazioni.

A costo di ripeterci, non si potrà non prender le mosse dai testi che, liminalmente, il giureconsulto orleanese ha premesso al ' Traité ' e che, letti con fedeltà, senza sottoporli ad alterazioni, ci daranno nella loro consecuzione un messaggio non equivoco.

Nello ' chapitre préliminaire ' si mette a fuoco l'oggetto del ' Trattato ': « nous ne traiterons, dans celui-ci, que du droit de

(60) « Je pense sans difficulté que les Fiefs appartiennent en pleine propriété aux vassaux, depuis qu'ils sont patrimoniaux et disponibles. S'ils ne furent pas d'abord considérés comme une propriété parfaite, c'est qu'ils ne consistèrent que dans une jouissance précaire et passagère qui pouvait se perdre à chaque instant, ce qui contrarie l'idée de propriété. Mais quand ils sont devenus héréditaires et qu'ils sont absolument tombés dans le patrimoine du vassal, on a du prendre d'autres idées. Quand je puis vendre, donner, aliéner, de toutes les manières, détériorer une chose, en un mot, en disposer à mon gré, j'ai bien le *ius utendi et abutendi* dans lequel consiste la vraie propriété » (F. HERVÉ, *Théorie des matières féodales et censuelles*, t. I, Paris, 1785, p. 369).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

domaine, qu'on appelle aussi *droit de propriété* » (61); vieppiù precisandolo, subito dopo, all'esordio del primo capitolo:

> « Il n'y a aujourd'hui, à l'égard des meubles, qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété. Il en est de même des héritages qui sont en franc-aleu.
>
> A l'égard des héritages tenus en fiefs ou en censive, on distingue deux espèces de domaines: le domaine direct, et le domaine utile.
>
> Le domaine direct, qu'ont les seigneurs de fief ou de censive sur les héritages qui sont tenus d'eux en fief ou en censive, est le domaine ancien, originaire et primitif de l'héritage, dont on a détaché le domaine utile par l'aliénation qui en a été faite, lequel, en conséquence, n'est plus qu'un domaine de supériorité, et n'est autre chose que le droit qu'ont les seigneurs, de se faire reconnaître comme seigneurs par les propriétaires et possesseurs des héritages tenus d'eux, et d'exiger certains devoirs et redevances recognitifs de leur seigneurie.
>
> Cette espèce de domaine n'est point le domaine de propriété qui doit faire la matière du présent traité: on doit plutôt l'appeler *domaine de supériorité.*
>
> Le domaine utile d'un héritage renferme tout ce qu'il y a d'utile; comme d'en percevoir les fruits, d'en disposer à son gré, à la charge de reconnaître à seigneur celui qui en a le domaine direct.
>
> C'est, à l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété. Celui qui a ce domaine utile, se nomme propriétaire, ou seigneur utile; celui qui a le domaine direct, s'appelle simplement seigneur. Il est bien le propriétaire de son droit de seigneurie; mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage » (62).

Crediamo che due conclusioni — elementari e non suscettibili di dubbio — si possono intanto trarre da una lettura anche frettolosa: il « droit de propriété », di cui si parla in queste pagine pothieriane, si incastona in una pluralità di « domaines » sulla cosa ed è pensato soltanto al centro di un nodo di dominii; qualsiasi titolare di dominio utile o diretto, di cui si parla in queste pagine, è un *seigneur*. Si tratta di conclusioni, elementari quanto

(61) POTHIER, *Propriété*, cit., chap. prélim., n. 2.

(62) POTHIER, *Propriété*, cit., Première partie, chap. I, n. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si voglia, ma rilevanti per una collocazione storica della 'proprietà' di Pothier.

Questi grida sin dall'inizio una verità che unicamente i sordi non sono in grado d'intendere: soltanto per le cose mobili e per quelle cose immobili, particolari e marginali nel paesaggio giuridico orleanese, che sono gli allodii si può parlare di un unico *domaine de propriété*. Per la normalità degli *héritages* sottoposti al regime della *tenure*, cioè *fiefs* e *censives*, si individuano due *domaines*, il diretto e l'utile.

Questa è la condizione giuridica dei beni che il giureconsulto contempla nel 1771 dal suo osservatorio orleanese. « Aujourd'hui » esordisce Pothier; l'avverbio temporale condiziona tutta l'analisi, la relativizza, gli dà tono dimesso: è il tono opposto a quello di chi si accinge trionfalisticamente a enunciare e a proiettare sulla realtà le linee d'una teoria generale. Una sola cosa vuole Pothier: fare, come si suol dire, il punto della situazione, e non può che cominciare dall'inventario.

Tralasciando le cose mobili, che in questa sede non hanno per noi che uno scarso interesse, l'inventario si caratterizza per un contrappunto fondamentale, quasi una contrapposizione: da un lato, l'allodio; dall'altro, le *tenures*. Motivo e fondamento della contrapposizione il tessuto compatto e unitario del primo, che fa spicco a fronte della natura idealmente composita e concretamente frazionata delle seconde. Ed è un frazionamento che a livello di teoria giuridica ha una sua incisività: non siamo infatti di fronte a uno *ius in re aliena* che preme dall'esterno, e magari anche scalfisce, una proprietà che è realtà di tutt'altra natura, incontro e scontro di entità dalla diversa qualità giuridica, un corpo estraneo nel corpo vivo della proprietà. Un tale frazionamento è pensato invece in termini qualitativamente uguali, è cioè un frazionamento nel *domaine*, che genera e gemina due *domaines* parziali, ma l'uno e l'altro *domaines*, sia l'utile che il diretto. E *domaine* in bocca a un giurista del rigore di Pothier non è terminologia generica o tanto meno volgare; *domaine* è il governo della cosa, che pone soggetto e cose in un rapporto frontale, che costituisce la dimensione più gelosa dell'appartenenza.

Si noti come il discorso si fa, sin dal principio, storico: il dominio diretto « est le domaine ancien, originaire et primitif ...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dont on a détaché le domaine utile ». Nessuna impalcatura teorica ingombrante, ma la viva coscienza che la proprietà del feudatario e censitario mostra certi connotati non in grazia d'una sua natura primigenia, ma per forza d'un innarrestabile processo storico. E Pothier è al fondo del sentiero a raccogliere ed esaminare quel pezzo di storia sociale francese divenuto cristallizzazione giuridica che è la *propriété* non-allodiale del XVIII secolo. Frutto storico, su cui è improvvido filosofare e che è ugualmente improvvido tentar di nobilitare, ma che è possibile soltanto apprezzare nella sua corposità.

Intendiamo dire che nella mente e nella pagina di Pothier questa *propriété* è inscindibile dalla nozione di dominio utile: « à l'égard des héritages, c'est le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété », un dominio utile cresciuto via via di intensità economica e di prestigio sociale, ingigantito fino a ridurre il dominio diretto a circostanza di sempre minor pregnanza, ma certamente non ingigantito fino al punto da espellere la situazione giuridica del *suzerain* dal territorio dell'appartenenza, a farne qualcosa di estraneo alla nozione di *domaine* (63).

Come dicevamo più sopra, pur nella consapevolezza che la proprietà sostanziale è ormai prevalentemente consegnata nelle mani dell'utilista e che essa è vocata a successo e prestigio maggiori, tutta la vecchia impalcatura della feudistica tradizionale resta in piedi con Pothier; parecchio devitalizzata, come in quasi tutte le opere giuridiche del tempo, ma resta in piedi. La costruzione di Pothier manca di coraggio, o forse manca soltanto di ciò che noi moderni vorremmo antistoricamente che avesse e che quella invece non volle né poté avere: la progettualità. Dobbiamo cioè operare una realistica lettura riduttiva di Pothier, confinarlo nel suo reale orizzonte di contemplazione dell'esistente. Né occorreva una immersione nel lavacro rivoluzionario per lanciare

---

(63) E dire che, appena trenta anni dopo il ' Traité ', Thibaut qualificherà, nel 1801, la dottrina del dominio diviso come un *Unding*, cioè come un assurdo (A. F. J. THIBAUT, *Über dominium directum und utile*, ora in *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, Jena, 1817² (rist. anast. Aalen, 1970), p. 88. Ma il discorso di Thibaut, inaugurale di un nuovo secolo, appartiene decisamente a un diverso spartiacque.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un progetto verso il futuro. È sotto questo profilo ben più progettuale, e coraggiosa, e proiettata in avanti, l'opera di un feudista come Hervé, dove si constata il coraggio di recidere il cordone ombelicale fra nuova proprietà e dominio utile, di interpretare il contratto feudale in modo affatto nuovo (64), di sbarazzarsi d'un colpo, senza residui, della teorica del dominio diviso, parlando, senza un'incertezza e senza un rimpianto, di proprietà perfetta (65).

È vero: Pothier non manca di segnalare e sottolineare che il direttario è « propriétaire de son droit de seigneurie » e che « les droits de domaine de superiorité, tels que les seigneuries féodale ou censuelle » rappresentano — insieme alle servitù prediali e personali, all'ipoteca e al diritto di rendita fondiaria — « les autres espèces de droit réels » (66), *autres* rispetto alla *espèce principale* che è il *domaine de propriété*, ma è lecito domandarsi fino a che punto arrivi questa diversità in un sistema, come il pothieriano, in cui il diritto reale limitato è pensato e risolto sempre come *démembrement*, cioè come porzione della *propriété*, partecipe quindi della sua natura. Forse, la diversità è quantitativa più che qualitativa come quella che separa la frazione dal tutto. In più, si tratta di una situazione giuridica che non cessa di essere *domaine* (67), che è sempre vista dialetticamente con l'altro *do-*

---

(64) Per esempio, Hervé, feudista singolare perché portatore d'una sua ben definita politica del diritto, volendosi sbarazzare, con viva percezione anticipatrice, alle soglie della Rivoluzione, di ogni residuo della dottrina del dominio diviso, può cancellarla solo presupponendo una definizione di feudo, che non è quella della tradizione. Per lui feudo è realtà generica: « une concession faite à la charge d'une reconnaissance toujours subsistante, qui doit se manifester de la manière convenue » (HERVÉ, *Théorie des matières féodales et censuelles*, cit., t. I, p. 372). Soltanto a queste condizioni e con questa chiarezza di idee (e non le ambiguità di Pothier) il *domaine de superiorité* è raso al suolo; si snatura completamente il feudo, ma la proprietà feudale attinge al paradiso della proprietà perfetta.

(65) Vedi la citazione di nota 60.

(66) POTHIER, *Propriété*, cit., chap. prélim., n. 2.

(67) Sul carattere 'proprietario' del dominio diretto si vedano le giuste osservazioni di M. BARCELLONA, *Proprietà privata e intervento statale - Profili istituzionali della questione agraria*, Napoli, 1980, p. 93 (soprattutto nota 204), cui nuoce tuttavia l'eccessiva mistione tra profilo economico e giuridico, con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maine, il quale proprio come *domaine de superiorité* porta al suo titolare cospicui diritti patrimoniali e non (68) e gli conferisce il diritto di caccia (69).

Non cerchiamo di trovare coerenza, dove coerenza non c'è, dove forse non ci può essere. La seconda metà del Settecento è momento di crisi profonda per la proprietà come istituzione fondiaria e come nozione politico-giuridica (70), e la crisi sta nella lotta — dall'esito non ancora deciso — fra il vecchio e il nuovo, tra fatti e idee contrastanti che si mescolano cozzando fra sé. Fra *domaine* e *ius in re aliena*, fra *ius utendi et abutendi* e dominio diviso, dal Cinquecento in poi le contraddizioni non mancano nella *scientia iuris* che riflette sulla proprietà (71). Prendiamone atto come parte d'un messaggio fedele di questa travagliata storia giuridica, nel rispetto che lo storico deve sempre serbare per i messaggi del passato, soprattutto per quelli che, nell'incoerenza e nelle antinomie, hanno il pregio di segnalarci la esperienza nel suo divenire complesso. Forse il messaggio di Robert Pothier è

---

uno sfocamento del secondo. Il ripudio del vecchio feticcio isolazionistico non deve spingersi fino a precludere la percezione dell'autonomia della dimensione giuridica nella complessità dell'esperienza storica.

(68) Soprattutto la *foi* e lo *hommage* vincoli morali prima ancora che giuridici fra *seigneur* e *vassal*, residuo di quel rapporto personalissimo che fu, all'origine, il feudo. E poi un numero cospicuo di diritti per la cui enumerazione ed esposizione si vedano CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière*, cit., p. 32 ss.; PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, cit., p. 97 ss.; GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 44 ss.

(69) Nelle terre tenute in feudo « c'est le propriétaire ... qui a le droit de chasse sur lesdites terres, et non le seigneur de qui il les tient en fief ». Essendo infatti il feudo una *tenure* nobile ed avendo il diritto di caccia un carattere anche onorifico, non può non esservi ricompreso. Però il signore può cacciare personalmente sulla terra feudale « seulement autant qu'il est nécessaire pour faire connaître le domaine de supériorité qu'il a sur le fief » (POTHIER, *Propriété*, cit., p. I, chap. II, n. 34); ed è precisazione significativa. Nella *tenure* a censo è il signore che ha interamente il diritto di caccia (*loc. ult. cit.*, n. 35).

(70) Basti rinviare a M. BLOCH, *I caratteri originali della storia rurale francese* (trad. ital. di C. Ginzburg), Torino, 1973, p. 148 ss.

(71) Una, e vistosa, e autorevole, è stata da noi segnalata proprio in questo stesso volume dei 'Quaderni fiorentini' a proposito della testimonianza di Udalricus Zasius (cfr. p. 373 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di questo segno: l'essenziale è di non avvilirlo travestendolo e travisandolo con panni che non furono i suoi.

Se è quindi fuor di dubbio che la *propriété* pothieriana deve essere pensata nella nicchia del dominio diviso — anche se nicchia ormai un po' scomoda e ristretta —, è ugualmente indubitato che essa non può non essere pensata all'interno, ben all'interno, del regime signoriale. Come abbiamo già detto ma vogliam qui ripetere, il mondo di Pothier non è una realtà inventata al tavolo di studio, è il mondo vivo della provincia francese in un paese consuetudinario non allodiale, mondo fatto di feudi, censi e decime, dove contano ancora molto ceti e ' stati ', dove il direttario e l'utilista sono, prima ancora che *domini*, dei *seigneurs*, dove l'assetto fondiario è ancora gremito di mille istituzioni, diritti, doveri di natura squisitamente feudale, dove ancora si parla fittamente di *foi* e di *hommage*.

Questo è il paesaggio intorno a Pothier, ed è questo il paesaggio che egli disegna nella sua carta, fedele a una interpretazione umile e modesta della funzione del giurista come sistematore dell'esistente. Il Pothier giudice, scabino, il Pothier che per anni e anni è perno di uno degli ingranaggi feudali più delicati e rilevanti del ducato d'Orléans, quella *Chambre des domaines* sezione particolare dello *Châtelet* provinciale in cui si definivano le questioni feudali relative ai diritti e doveri dei vassalli verso il duca loro *suzerain*, questo Pothier, che vi siede per chiamata fiduciaria della famiglia ducale, non smentisce una tale esperienza nei suoi scritti.

Anzi non possiamo nascondere, anche a costo di parer provocatorii, che è più sensibile a questa che non alle nuove idee che circolano ormai a Parigi e di cui sono alfieri squillanti i fisiocrati. Se nella settima edizione della ' Collection de décisions ' del Denisart — che appare nello stesso anno del ' Traité du droit de domaine de propriété ' (72) — v'è una traccia significativa ed espressa delle nuove idee, e v'è una espressa citazione del libello di Mercier de la Rivière che fa spicco di sé nel bel mezzo delle austere cita-

(72) J. B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. IV, Paris, 1771, *sub voce* ' Propriétaire, Propriété '.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni giuridiche ([73]), maggior sordità ci sembra di poter cogliere nelle pagine in tema di proprietà del giurista orleanese tutto catturato dal suo còmpito descrittivo e tutto vincolato al paesaggio circostante, che non si ritiene in diritto di prendersi il lusso di fughe ed evasioni nell'infido terreno del metagiuridico.

Basta una semplice scorsa all'avvio dell'incompiuto ' Traité des fiefs ' per rendersene conto: non un cenno all'incandescente polemica antifeudale di quegli anni, non un'indulgenza al versante politico del problema che pur aveva mille ridondanze sul giuridico, e nemmeno la tentazione di esplorazioni storiche più o meno fantasiose sull'origine del feudo, che avevano costituito e costituivano un debito d'onore per ogni feudista dabbene; piuttosto, un discorso di *strictum ius*, freddo e distaccato, squisitamente tecnico, che chiede all'armamentario tecnico in cui si chiude la forza della sua impassibilità.

Il ' Traité ' veniva redatto da Pothier agli estremi della sua vita, ed è stato pubblicato solo *post mortem*; venti anni dopo la Francia infiammerà sulla mina del problema feudale. Ma le pagine non appaiono datate o databili; potrebbero essere state scritte dieci, venti, cinquanta, forse cento anni prima, rinserrate come sono nel limbo delle scelte tecniche. Rispetto a Dumoulin, grande mentore e primo punto di riferimento, è solo l'evolversi delle soluzioni tecniche che segna il vecchio e il nuovo, ma il clima ideale intorno al castello giuridico del feudo di Pothier è completamente immobile, e il feudo stesso è pensato come immobile quasi che non fosse un corpo vivo. E dire che siamo allo sfacelo del regime signoriale.

5. Dal Cinquecento in poi il conio espressivo *ius utendi et abutendi* diventa tralatizio per individuare il contenuto essenziale, il volto autentico, di ogni proprietà. È il tributo dell'ordine giuridico alla nuova antropologia individualistica che pretende una proprietà costruita sul soggetto e per il soggetto, rimuovendo o

---

([73]) Con linguaggio fisiocratico vi si parla di ' propriété personnelle ' e si cita di Paul-Pierre Le Mercier de la Rivière il saggio programmatico ' L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques ' che esce a Parigi (ma con la falsa data di Londra) nel 1767.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contenendo al massimo ogni condizionamento esterno. Pothier non si sottrae all'andazzo e definisce il *domaine de propriété* come « le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui, ni aux lois: *jus de re libere disponendi*, ou *jus utendi et abutendi* » (74).

Nulla più e nulla meno di quanto vediamo universalmente affermato a metà del Settecento: dovunque il riferimento all'*uti atque abuti*, vero e proprio topos della cultura giuridica moderna, dovunque l'accentuazione del contenuto potestativo individuato in maniera omologa nel « droit de jouir et de faire ce que bon lui semble », come si esprime il redattore della *Grande Encyclopédie* (75), o il solito De Ferrière nel suo celebrato *Dictionnaire* (76). Parole convinte che si fondono ormai, dopo due secoli di scialo verbale, con la clausola di stile.

Senza dubbio con queste definizioni siamo in un universo che non è più quello di Bartolo e dei medievali, ed è soltanto un'assonanza formale che ci può consentire di accostare il bartoliano *ius perfecte disponendi* allo *ius de re libere disponendi* formalmente ripetuto ma sostanzialmente tradito e stravolto sulla bocca di Pothier (77). La proprietà è potere svincolato da ogni funziona-

---

(74) POTHIER, *Propriété*, cit., p. I, chap. I, n. 4.

(75) *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des metiers*, t. XIII, *sub voce* ' Propriétaire ' (Jurisprud.).

(76) Claude-Joseph de FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, cit., *sub voce* ' Propriétaire d'un héritage '. Già nella *Introduction à la pratique*, cit., del padre Claude de FERRIÈRE, alla voce ' Propriété ' si legge: « est le droit de disposer de ses biens à sa volonté, si on n'en est empesché par la Loy ou autrement »; frase ripetuta anche nella revisione della *Introduction* fatta da Claude-Joseph (cfr. *Nouvelle introduction à la pratique*, cit., voce ' Propriété '.

(77) La sostituzione dell'avverbio *libere* a *perfecte* non è da enfatizzare come fa Scozzafava, anche se non è priva di significato. Non è priva di significato, perché, quando viene operata dai *Doctores*, per esempio da Alessandro Tartagni, segna un passo innanzi nella riflessione post-bartoliana del Quattrocento, che presagisce e avverte le nuove idealità affioranti (cfr. P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968, p. 155-56). Ma è assolutamente indebito affermare che questa sostituzione avviene con Pothier: quando egli la usa, è vecchia di almeno tre secoli nella consuetudine dottrinale. Ed è per noi del tutto incomprensibile come si possa vederla « finalizzata ad evidenziare un tratto che più degli altri concorse a caratterizzare la nozione di proprietà

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lizzazione in rapporto alla cosa; il rispetto della cosa come entità oggettiva vitale nella sua forza produttiva non è più un limite all'azione dominativa. Il sistema bartoliano di più proprietà insistenti sullo stesso bene e reciprocamente limitantisi secondo l'ordine dell'autonomia a ciascuna conferita cede il passo a una proprietà che non cerca verifiche nell'assetto della cosa (assetto esterno, oggettivo, proprio alla realtà dei fatti economici), ma nell'interno del soggetto (e non può, in tal modo, non sconfinare nella rischiosa dimensione etica). E si ha cura di precisarlo con puntigliose esemplificazioni: fare della cosa « ce que bon lui semble » — racconta la *Grande Encyclopédie* — è « même la dégrader et détruire » (78), mentre De Ferriére ha cura di precisare che anche il ' deterioramento ' è ricompreso nei poteri proprietarii (79). Lo stesso in Pothier: « ce droit de disposer comprend aussi le droit qu'a le propriétaire, de perdre entièrement sa chose, si bon lui semble » (80). Si tende, insomma, a chiarire che per il proprietario, ove non leda diritti altrui o disposizioni di legge, il *licitum* può coincidere col *libitum*.

Dunque, una proprietà svincolata da condizionamenti oggettivi, che trova in se stessa la sua legittimazione e che può essere veramente ricostruita come un diritto generale ed astratto librantesi alto sulle cose e munito di una totale capacità a ricomprendere le situazioni più svariate senza esserne né condizionato né tanto meno inciso; ci verrebbe voglia di dire, senza esserne nemmeno sfiorato.

Intanto, una prima puntualizzazione per sgombrare il discorso da equivoci: è tutta una cultura giuridica, dal Cinquecento in

---

moderna, tratto che ... si identifica con l'attributo dell'esclusività » (SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 334). *Libere* sottolinea, come si rileva nel testo, il momento potestativo del soggetto ed ha riferimento al soggetto preso come individuo solitario. La libertà è insomma una dimensione interna al soggetto, non è mai rapporto (almeno in una cultura quale quella post-cinquecentesca). Esclusività è una dimensione esterna del soggetto, è e non può non essere rapporto con gli altri, significa immersione del soggetto (sia pure con un bagno individualistico) nella comunità.

(78) *Encyclopédie*, cit., v. ' Propriétaire (jurisprud.) '.

(79) DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, cit., v. ' Propriétaire d'un héritage '.

(80) POTHIER, *Propriété*, cit., P. I, chap. I, n. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poi, impegnata nella pittura di un simile quadro, ed è storicamente ingiustificato insistere su pretesi meriti di Pothier. Egli, in proposito, non è che il ripetitore psittacico di un luogo comune.

Ma v'è una seconda puntualizzazione da fare da parte dello storico del diritto: guardiamoci dall'arrestarci alle definizioni, che sono troppo spesso — storicamente — soltanto il belletto stropicciato a forza sulla realtà degli istituti; o, almeno, verifichiamo la definizione con la costruzione giuridica sottostante.

Orbene, se ha molte ragioni Scozzafava di respingere, perché acritica e immotivata, l'opinione di quella vecchia storiografia giuridica e di quella vecchia civilistica che vedevano il giurista settecentesco «riprodurre testualmente la definizione di Bartolo» (81), non ha ragione — ed è, a sua volta, acritico — di arrestarsi a un esame liminale senza verificare l'affermazione sonora con l'architettura giuridica di supporto. Se lo avesse fatto, avrebbe facilmente constatato che, al di sotto di una definizione galleggiante, sussisteva tutto un impianto costruttivo che — questo sì — non aveva subìto variazioni sostanziali dal tempo delle sistemazioni bartoliane.

Si stava perpetuando, nel più maturo Settecento, un armamentario logico e tecnico pensato e inventato nella stessa officina che aveva pensato e inventato il dominio diviso; che formava allora un tutto armonico e coerente e che ora, viceversa, non poteva non mostrare la sua insofferenza a esprimersi e a culminare in una proposizione programmatica — cioè definitoria — sostanzialmente estranea e quasi in antinomia.

L'approccio tecnico-giuridico di Pothier e, insieme a lui, di tutti i giuristi contemporanei è insomma vecchio, retrodatato, e fa cozzo con la cuspide definitoria di tutta la costruzione tecnica. E non può che essere così: *abusus* e dominio diviso sono scelte antitetiche, appartengono logicamente a due universi progettuali e, quando si vogliono costringere alla convivenza, è il sistema intero che scricchiola per la sua aporeticità. Non sappiamo se sia consolante aggiungere che è una aporia diffusa, un malanno epidemico, che accompagnerà buona parte della *iurisprudentia* sul

(81) SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 327, nota 2 (la citazione è da Barassi).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tema della proprietà fino alla rivoluzione copernicana dei pandettisti tedeschi (82).

Limitiamoci in questa sede al bartolianesimo tecnico di Pothier. Un primo dato rilevante: per lui, nessun distacco logico fra proprietà e diritti reali; sono anzi istituti fatti della stessa pasta, hanno la stessa qualità perché esprimono la stessa relazione giuridica; sono forme di appartenenza, con variazioni — fra sé — di mera indole quantitativa. Infatti « le *jus in re* est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards » (83); « il y a plusieurs espèces de *jus in re* ... la principale est le droit de domaine de propriété »; « les autres espèces de droits réels, qui émanent de celui-ci, et qui en sont comme des démémbrements, sont ... » (84).

La consecuzione è perfetta a delineare un compiuto sistema delle situazioni reali imperniato sull'idea-base della natura composita e non compatta della proprietà. Spieghiamoci meglio: la proprietà non è un contenitore, un grande ventre, che nutre in sé e legittima situazioni giuridiche di qualità e intensità inferiori. Pensata nella pienezza del suo modello è essa stessa un fascio di situazioni ciascuna delle quali incarna da sola una porzione dell'appartenenza; e anche se talora qualcuna di queste situazioni assume vita autonoma, non abbandona il suo carattere di frazione di proprietà né smentisce la sua natura di brandello piccolo o grosso dell'appartenenza. Il territorio dei diritti reali è unitario ed è privo al suo interno di ulteriori confini e di ulteriori salti di livello.

Un dubbio potrebbe ingenerarsi nel lettore di fronte a quel verbo « émaner » usato dal giurista orleanese e che può evocare una nozione diversa. Nella composta e rigorosa precisione della

---

(82) Riservandoci di affrontare più avanti il tema con maggior distensione, ci sia consentito di rinviare a quanto abbiamo scritto in: *Tradizioni e modelli nella sistemazione postunitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (*Itinerari moderni della proprietà*) V-VI (1975-76), dove la novità della riflessione pandettistica è comparata con l'arretratezza dell'impianto della stessa civilistica italiana nel primo decennio dopo il Codice civile unitario del 1865.

(83) POTHIER, *Propriété*, cit., chap. prélim., n. 1.

(84) POTHIER, *Propriété*, cit., chap. prélim., n. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terminologia pothieriana è un momento di non-vigilanza. Tutto il restante vocabolario e tutto l'apparato logico indicano con assoluta chiarezza la costruzione del maestro: i diritti reali limitati sono *démembrements* (85), sono « droits ... renfermés dans le droit de propriété, lesquels n'y sont renfermés que lorsque la propriété est une propriété pleine et parfaite » (86); i diritti reali limitati, anche quando hanno vita autonoma, « sont autant de droits qui ont été détachés de la propriété » (87). E, di conseguenza, tutta una gamma di proprietà: perfetta, imperfetta, molto imperfetta (88), a seconda del separarsi o del riunirsi delle situazioni componenti nel gioco vario e mutevole delle vicende dei soggetti e dei beni, soprattutto dei beni (89).

Qualche volta il linguaggio di Pothier ha il valore d'una confessione. Ascoltiamolo: « Une propriété est pleine et parfaite, lorsqu'elle est perpétuelle, et *que la chose n'est pas chargée de droits réels envers d'autres personnes que le propriétaire* » (90); e soffermiamoci sulla seconda parte, che abbiamo segnato in corsivo per metterla maggiormente in evidenza. Nessun civilista oggi si sognerebbe di parlare di diritti reali sulla cosa facenti capo al proprietario della cosa, ma lo può fare quel giurista che ha della proprietà una nozione composita, non già come mosaico di tessere prive di autonomia, bensì come fascio di situazioni che serbano autonomia anche all'interno della stessa proprietà piena.

Né fa meraviglia che Pothier accetti l'idea dell'usufrutto causale così intimamente legata alla visione ' divisionistica ' del *dominium* (91), né fa scandalo quella sorta di ' ipoteca causale '

---

(85) POTHIER, *Propriété*, cit., chap. prélim., n. 2.

(86) POTHIER, *Propriété*, cit., P. I, chap. I, n. 8.

(87) *loc. ult. cit.*

(88) POTHIER, *Propriété*, cit., P. I, chap. I, n. 8, dove si parla della ' imperfection du droit de propriété ', di ' propriété pleine et parfaite ', di ' propriété imparfaite ', di ' propriété très imparfaite '.

(89) Per questo non possiamo essere d'accordo con Scozzafava (vedi, p.e., *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 333), che tende a diversificare qualitativamente *propriété* e *droit réel* in Pothier.

(90) *loc. ult. cit.*

(91) L'usufrutto causale, invenzione del fertilissimo laboratorio del diritto comune, non è altro che il risultato di un processo di esasperata autonomizza-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cui egli accenna puntualmente e che è l'estremo sviluppo d'una costruzione proprietaria 'divisionistica' (prima di inorridire all'idea aberrante di un diritto d'ipoteca sulla cosa propria, il lettore è invitato a considerare il motivato testo pothieriano, che offriamo in nota distesamente per sua tranquillità) (92).

Tutto questo è bartolianesimo tecnico, è cioè un riproporre nel 1771 un'ipotesi di costruzione del sistema dei diritti reali che è, nella sostanza, quello dello *ius commune* e che trovò in Bartolo

---

zione del godimento del proprietario già nel seno della proprietà e, prima ancora, di una concezione esasperatamente frazionistica del fenomeno proprietà. Istituto discussissimo, pur tra contumelie e repulse alligna profondamente nel costume giuridico giungendo abbastanza vigoroso fin quasi a fine Ottocento (si veda quanto abbiamo avuto occasione di precisare in: *Widerstandsfähigkeit kultureller Modelle in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts - Der Begriff der Nutzniessung in der französischen und italienischen Zivilistik*, in *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, II (1980). Un testo interessante è offerto da POTHIER nel *Traité du contrat de vente*, P. VI, chap. III, art. II, n. 547 (in *Oeuvres*, cit., t. I, p. 411) a proposito della vendita del diritto d'usufrutto: «le droit d'usufruit considéré dans sa forme de droit de servitude, ne peut, à la vérité, subsister dans la personne du propriétaire; mais le fond et la substance de ce droit, qui consiste dans celui de jouir de la chose et d'en percevoir les fruits, subsiste en la personne du propriétaire et est renfermé dans son droit de propriété ... Il ne l'a pas, à la vérité, sous la forme, d'un droit d'usufruit, non habet usumfructum formalem, mais il l'a sous une autre forme, comme renfermé dans son droit de propriété, habet usumfructum causalem. Lorsqu'il vend l'usufruit de la chose, c'est ce droit qu'il avait de percevoir les fruits de la chose, qu'il vend et qu'il détache de son droit de propriété». Concetti espliciti ribaditi da un vocabolario ('détaché', 'renfermé') estremamente espressivo della costruzione giuridica accettata dal giureconsulto.

(92) POTHIER, *Traité de l'hypothèque*, chap. I, sect. II, § II (in *Oeuvres*, cit., t. V): «On dira peut-être que le propriétaire d'une chose n'a pas le droit d'hypothèque dans sa chose, *cum nemini res sua pignori esse possit*, comment peut-il donc le donner à un autre? La réponse est facile. Le propriétaire d'une chose n'a pas, à la vérité, un droit d'hypothèque dans sa chose: dans la forme de droit d'hypothèque, il ne l'a pas *formaliter*; mais il a *eminenter*, c'est-à-dire *non quidem iure hypothecae, sed iure dominii*, tout ce en quoi le droit d'hypothèque consiste: car le droit d'hypothèque consiste dans le droit de tenir la chose hypothéquée, et de la vendre. Or, ce droit se trouve renfermé dans le *dominium* qu'a le propriétaire, qui contient principalement le droit de disposer de la chose, et par conséquent de la vendre. Puis qu'il a le droit de vendre la chose, il peut transférer ce droit à son créancier qui l'aura, non pas comme le propriétaire l'avait, *iure dominii et in re propria*, mais *jure hypothecae et in re aliena*».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il proprio corifeo; un sistema edificato più guardando alle cose che al soggetto, e di cui la teorica del dominio diviso è l'articolazione primaria. Dominio diretto e dominio utile, diritto reale come *démembrement* costituiscono infatti le invenzioni tecniche provenienti da (e conseguenti a) una sola, vigorosa idea matrice: le situazioni giuridiche sui beni debbono essere espressive della fattualità della cosa; l'ontologia sottostante è quella della natura delle cose (o pretesa tale) più che quella del soggetto. Ed è dalla complessità del fatto 'cosa' che scaturisce la complessità della proprietà, il cui contenuto non può che essere concepito quale somma, più o meno ampia, di facoltà e poteri determinati, che Pothier si prende cura di enumerare in un elenco ricco di almeno sei articolazioni (93).

La rilevanza del bene e dei suoi statuti scritti sulla cosa provoca un'altra conseguenza notabilissima: non si avranno soltanto diversi tipi di proprietà a seconda della sua maggiore o minore *perfezione*, ma altresì a seconda della diversità degli statuti fondamentali dei beni. E il termine *propriété* nel diritto francese dal Cinquecento al Settecento, e anche in Pothier, si relativizza nei contenuti a differenza di quanto era avvenuto nel diritto comune dove al termine tecnico *proprietas* era stata riservata una interpretazione rigorosa e restrittiva (94).

Nei maestri del *mos italicus* la relativizzazione aveva inciso a fondo sul *dominium* fino a individuare una pluralità di *dominia* insistenti sulla stessa cosa « diversis respectibus », cioè in relazione ai diversi aspetti e dimensioni oggettive della cosa. *Proprietas* invece « semper directa est ... nunquam obliquatur », per usare il linguaggio pittoresco e aguzzo di Baldo (95); *proprietas* è soltanto il *dominium directum*, il *principale dominium*, attribuito al concedente, a colui che potremmo con vocabolo moderno chia-

---

(93) POTHIER, *Propriété*, cit., P. I, chap. I, n. 5.

(94) Si vedano le testimonianze offerte da D. WILLOWEIT, *Dominium und proprietas - Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, in *Historisches Jahrbuch* (Im Auftrag der Görres-Gesellschaft hrsg. von J. Spoerl), 94 (1974).

(95) Citiamo un testo fra i molti: BALDO, *ad l. Si testamento, ff. de conditionibus institutionum* (D. 28, 7, 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mare il titolare capitalista della cosa; di *proprietas* ce n'è una soltanto: all'unicità di lessico corrisponde una perfetta unicità di contenuto.

Diversa è la sorta del termine e della nozione *propriété* nella prassi e nella cultura francesi e di cui Pothier è una delle ultime manifestazioni. Questa *propriété* ha dei contenuti diversificati a seconda della qualità dei beni: restando al territorio delle cose immobili, la *propriété* di un allodio e quella di una *tenure* sono realtà giuridicamente ben differenziate, e, all'interno di questa seconda, non sono certamente su un medesimo piano la *propriété* del vassallo, del *censitaire*, dello *champartier*. L'unità giuridica della *propriété* è, nel 1771, ancora un futuribile, e sarà la Rivoluzione a realizzarla; facendo diventare tutto allodio, riducendo tutto a proprietà allodiale — ci dice, come abbiamo visto più sopra, Merlin de Douai, dandoci una interpretazione che da un rigoroso punto di vista storico-giuridico è opinabile e forse scorretta, ma che riflette bene la sostanza politica di una grande operazione politica. È infatti soltanto col 1789-90 che si volta pagina nel plurisecolare libro della storia dell'assetto fondiario francese.

Il ' Traité ' di Pothier si apre invece, malgrado che lo si voglia leggere in modo falsante, con una differenziazione che è un paesaggio di storia vivente: da un lato, i beni allodiali per i quali sussiste « une seule espèce de domaine »; dall'altro, gli « héritages tenus en fief ou en censive » per i quali sussistono due specie di *domaine*. Si dirà: ma Pothier differenzia i *domaines* senza toccare la *propriété*. Siamo d'accordo; e sta qui la finezza giuridica del maestro orleanese, che ha fatto sua formalmente la grande tradizione dei maestri del diritto comune. Ma il risultato concretamente non muta e la relativizzazione contenutistica della *propriété* resta; *propriété* è cioè un termine e nozione che ha contenuti diversi quando è in capo a un titolare di *franc-aleu*, a un titolare di *fief*, a un titolare di *censive*. La diversità strutturale dei beni impressiona, per così dire, la forma giuridica sovrastante, che è formalmente sempre e soltanto ' domaine de propriété ', ma a contenuto variabile.

Tiriamo le somme di queste considerazioni: si può qualificare come astratto un simile diritto? Un diritto il cui contenuto varia a seconda della qualità dei beni che ne formano l'oggetto e la cui

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

' perfezione ' è messa in discussione per il variare delle situazioni? Astrattezza del diritto di proprietà vuol dire separazione della forma giuridica dai suoi contenuti concreti, perché suscettibile di ogni possibile contenuto. Il che è perfettamente l'opposto di una proprietà concepita come somma di poteri sia pure estesi e numerosi. Astrattezza del diritto di proprietà non può non voler dire irrilevanza sulla forma giuridica della qualità dei beni, che può variare senza che varii l'ordine proprietario. Il che è l'opposto di un assetto fondiario in cui trovan spazio legittimamente allodio, feudo e censo. Astrattezza del diritto di proprietà vuol dire che questa è esemplata sul soggetto, riacquistando in questo suo rispecchiarsi la propria compattezza e semplicità. Il che è perfettamente l'opposto di una proprietà concepita come realtà composita, come fascio di diritti reali, presentandosi ora perfetta ora imperfetta a seconda della loro riunione o separazione.

Il fatto che il *dominus directus*, pur con qualche incertezza, sia relegato al rango di « propriétaire de son droit de seigneurie » segnala soltanto l'evoluzione che Pothier e la prevalente dottrina francese settecentesca hanno subìto rispetto allo schema originario del doppio dominio, ma non è certo bastevole per indicarci il trapasso al territorio del ' moderno '. L'estraneità a quel territorio sta esattamente nell'aver concepito il *domaine de superiorité* come *domaine*, come porzione del dominio, interna e non esterna al recesso più geloso della appartenenza, ad esso partecipe perché qualitativamente affine, non ad esso opposto sul piano logico ed estraneo sul piano della costruzione tecnica come faranno i Pandettisti per gli *iura in re aliena*.

Deve ancora scorrere molta acqua sotto i ponti prima che la riflessione giuridica arrivi a conquistare che « die Natur oder das Wesen des Eigenthums liegt in der Abstractheit » ([96]) e che a queste programmatiche dichiarazioni faccia seguire la costruzione

---

([96]) Come puntualizza nelle sue ' Pandette ' Böcking (citato da W. WIEGAND, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert - III - Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits*, hrsg. von H. Coing und W. Wilhelm, Frankfurt am Main, 1976, p. 141).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridica coerente d'una proprietà tanto depurata da esser concepibile, in idealistica fusione col soggetto, come « der materiell-befugte Wille des subjektiven Individuums in Betreff des Sachindividuums » (97).

Nel nostro Pothier *propriété* è una forma intrisa ancora di fattualità, continua ad avere un « significato reale », per rifarci al termine di Pašukanis citato non molto a proposito da Scozzafava, si contrassegna per la sua carnalità. Lo stesso richiamo all'*abusus*, alla, in apparenza, illimitatezza acontenutistica dei poteri del *propriétaire* galleggia con scarsa coerenza verso tutta l'architettura tecnico-giuridica che egli è eretta d'intorno.

Il « disposer à son gré d'une chose » non può essere separato da tutto il resto, ma deve, nel contenuto retorico proprio a ogni definizione, essere verificato con tutto il resto, cioè con la costruzione tecnico-giuridica dove — al di là e al di sopra degli stilemi — si misura il giurista, la sua cultura, i suoi modelli reali, la sua forza speculativa, la sua dimensione progettuale. Definizione e costruzione sistematica sono in sostanziale contraddizione, come non possono non essere in contraddizione *abusus* e dominio diviso, il primo tendente a sottolineare la naturale illimitatezza, il secondo la naturale limitatezza dei poteri del proprietario. Il sistema, che reca entrambi nelle sue strutture, è, come già si è detto prima, viziato da una sostanziale e insuperabile aporia. Sopra, la definizione modella un'idea straordinariamente piena di proprietà subordinandone formalmente la pienezza soltanto alla non-lesione dei diritti altrui e alla legge. Sotto, il costume giuridico e la tecnica dei giuristi costruiscono una onnipresenza di diritti altrui e vanificano sostanzialmente la affermata pienezza. Il modello resta affermazione politica senza possibilità di riscontro efficace nella esperienza giuridica, giacché il rinvio all'ordinamento giuridico lo svuota tacitamente dall'interno.

È il vizio, occulto e palese, della civilistica post-medievale fino allo scrollone violento dei Pandettisti, che sgombreranno le spalle del giurista d'un costume consciamente o inconsciamente sempre

(97) L'espressione, davvero significativa delle fondazioni anche filosofiche della nuova proprietà, è in B. W. Leist, *Ueber die Natur des Eigenthums*, Jena, 1859, p. 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sopportato. Fino a quel momento, a livello di scienza giuridica, continua il post-medievale, e il moderno si limita a germi, intenzioni, presagimenti sparsi più che a vere edificazioni nuove.

Due considerazioni per quanto concerne il « disposer à son gré » nella descrizione di Pothier: è singolare e in qualche modo contraddittorio che il giurista senta l'esigenza di enumerare prolissamente facoltà e poteri del proprietario. I Pandettisti ottocenteschi si guarderanno bene dal cadere nell'ingenuità di simili elenchi e daranno corpo pieno alla illimitatezza del potere parlando espressamente della sua *Umbestimmbarkeit* (98); è inoltre singolare che, quando Pothier, al numero quattro della sua enumerazione, racconta che il diritto di disporre comprende anche la facoltà « de perdre entièrement sa chose, si bon lui semble », gli unici esempi che egli porta sono quelli del padrone che cancella un pregevole dipinto con uno strato di colore e che getta un libro nel fuoco o lo lacera. Due esempi, cioè, di cose mobili per le quali esiste un solo *domaine de propriété*, come ci ha insegnato il giurista orleanese al primo rigo del primo capitolo del ' Traité '. Si dirà che per gli immobili l'idea della distruzione è più difficilmente pensabile, ed è vero. Ma Pothier aveva forse anche una altra difficoltà: per gli *héritages* avrebbe potuto esemplificare sulla proprietà allodiale, ma l'allodio non è un punto di riferimento credibile per un giurista spiritualmente *coutumier*, che, per giunta, vive in un paese non-allodiale. Egli avrebbe dovuto attingere esempi dalla realtà praticata nell'Orleanese, dai feudi e dalle *censives*, cioè dal *domaine de propriété* dei beni immobili cui è, nella sostanza, dedicato il suo *Traité*. Ma qui il discorso non poteva spingersi troppo oltre, e la retorica della definizione trovava un limite invalicabile nella costruzione giuridica sottostante, una costruzione articolata nell'ossatura fondamentale di più *domaines*. Qui il *propriétaire*, anche se gli si fosse voluto concedere la massima estensione pensabile di poteri, non poteva arrivare sino al potere suicida della distruzione della cosa, giacché glielo impediva la presenza sul bene di un altro personaggio. Se il limite gene-

(98) Così, per esempio, E. PAGENSTECHER, *Die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit*, Heidelberg, 1857, I, Abth., p. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rale della proprietà è di non attentare « au droit d'autrui », lo è tanto più quando l'*altro* soggetto da non ledere non si trova al di là ma al di qua dei confini della appartenenza del bene.

Qualche notazione, alla fine, su specifiche argomentazioni di Scozzafava intorno a scelte tecniche di Pothier avvaloranti la costruzione di una nozione astratta di proprietà, e che, a nostro parere, sono falsanti perché ingigantiscono a torto la figura del nostro giurista, la sollevano, come dicevamo all'inizio, in un immeritato paradiso.

È perfettamente inutile far rilevare che per Pothier « la possession n'ait rien de commun avec le domaine de propriété » (99), frase ulpianea che, per il suo inserimento nella l. Naturaliter del titolo *de acquirenda possessione* del Digesto (100), diventa un topos di tutta la cultura romanistica medievale e post-medievale, appartenendo al consueto vocabolario scarsamente significante di ogni giurista; né mette conto di sottolineare il fatto che « Pothier apre il suo trattato delle cose con la seguente precisazione: « les choses sont corporelles ou incorporelles » (101), conscia o inconscia ripetizione della frase delle Istituzioni giustinianee (102) di poi universalmente ripresa senza che si possa attribuirgli alcun significato specifico. Quanto all'affermare che, avendo Pothier rappresentato il titolare del dominio diretto come proprietario del suo diritto, si ha con lui il superamento della vecchia concezione romana che coglieva nella *res corporalis* il solo oggetto passibile di proprietà (103), non si può non richiamare quanto abbiamo rilevato più sopra a proposito di Dumoulin e della dottrina *coutumière* francese del Cinquecento (104). Aggiungendo che il tema del *dominium iuris* è, sulla scorta di talune fonti classiche, uno dei problemi più dibattuti della grande *jurisprudentia* di diritto comune, e che già Bartolo aveva ritenuto di dover costruire ac-

---

(99) SCOZZAVAFA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 222.

(100) D. 41, 2, 12, 1.

(101) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 228; ID., *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., p. 341.

(102) Inst. 2, 2, 1.

(103) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 224.

(104) Cfr. più sopra, alla pag. 415 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

canto a un *dominium* « proprie » anche un *dominium* « largissime » per potervi ricomprendere le situazioni dominative aventi ad oggetto un diritto, ossia una *res incorporalis* ([105]); che, comunque, già nel tardo diritto comune era affiorata una tendenza (per esempio, in Mariano Socini il giovane) decisamente estensiva della nozione di oggetto di proprietà, una proprietà intesa ovviamente nella sua accezione tecnica più rigorosa ([106]).

Intendiamo dire che uno sguardo che fosse andato oltre Pothier, dietro Pothier, avrebbe evitato di attribuire primogeniture, cogliendo nelle invenzioni tecniche del giureconsulto orleanese echi e traccie di secolari dibattiti. Paul Viollet, nella franca e aspra polemica contro Fustel de Coulanges ma più generalmente contro il metodo di Fustel rivolge un pressante invito allo storico del diritto: « N'isolons jamais; rapprochons tousjours » ([107]). Il singolo personaggio — anche egregio, com'è senza dubbio Pothier — va interpretato come la tessera nel mosaico, ossia al centro di un tessuto di tradizioni, di modelli, di itinerari; unicamente a queste condizioni le patenti di novità e di originalità saranno storiograficamente appaganti perché storicamente fondate.

6. Tiriamo le fila delle pagine accumulate: la ' proprietà ' di Pothier è dunque costruita sulla nozione di dominio utile, così come si presentava agli occhi del giurista in quel tardo Settecento francese, è il dominio utile rafforzato e deformato da molti secoli di sedimentazioni. A questo il maestro orleanese soprattutto pensa scrivendo il suo ' Traité ', perché è questo il tessuto proprietario vivo della regione circostante; l'allodio resta un accenno doveroso nel quadro complessivo, ma è più un'ipotesi teorica che una porzione di esperienza vissuta: nell'orleanese ogni terra si presume soggetta al regime signoriale e chi ne pretende la allo-

---

([105]) BARTOLO, *ad l. Si quis vi § Differentia, ff. de acquirenda et retinenda possessione*, n. 4 (D. 41, 2, 17).

([106]) Mariano SOCINI JUN, *ad l. Naturaliter, § Nihil commune, ff. de acquirenda et retinenda possessione*, soprattutto n. 41 ss.

([107]) Abbiamo ricordato la polemica sul metodo tra Paul Viollet e Fustel de Coulanges in un nostro precedente lavoro: ' *Un altro modo di possedere* ' - *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 148.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dialità deve provarla. ' Nulle terre sans seigneur ' ([108]). A Pothier, che non ama i modelli astratti, che ha del diritto una sana visione funzionale, interessa ben poco. Il dominio diretto, al contrario, è ormai diventato una sorta di *ius in re,* ma sulla base di un'operazione che è il capovolgimento puro e semplice di quanto si sosteneva in alcune correnti della giurisprudenza medievale che volevano il dominio utile equiparato a un semplice diritto reale.

Siamo agli estremi della storia del dominio diviso, ma siamo ancora all'interno di questa storia. Dire infatti che il dominio diretto è uno *ius in re* quando si concepisca la proprietà piena e perfetta come un fascio di diritti reali, significa semplicemente che il dominio diretto rappresenta la *quantità* minore di dominio e che il *domaine utile - propriété* ne rappresenta la quantità maggiore. Una proprietà simile non ha nulla a che spartire con un « diritto generale ed astratto, completamente affrancato da qualsiasi residuo di carattere naturalistico ». È ancora una proprietà divisa, esemplata e costruita sulla cosa, naturalisticamente assai contrassegnata; solo che, in questa divisione, il dominio diretto ha visto erodere la sua quantità, pur restando ancora *domaine, domaine de seigneurie.* L'opposizione logica fra proprietà e diritti reali limitati, che è il tratto distintivo della proprietà moderna, qui è ancora un futuribile, perché è un futuribile la grande opera di formalizzazione e di astrazione della riflessione giuridica del secolo XIX. La grammatica di Pothier in tema di diritti reali è insomma quella di un Dumoulin che lavora nel tardo Settecento.

Ma, allora, Pothier è da seppellire in mezzo allo stuolo dei tanti giureconsulti francesi ripetitori di vecchi schemi? Ma, allora, è indebito estrarlo dal mucchio e parlarne singolarmente? È da dire con fermezza che questa sarebbe una conclusione avventata e storiograficamente inaccettabile; farebbe cioè il paio con le elevazioni al cielo da cui abbiamo voluto distanziarci all'inizio del nostro saggio. Pothier non è un monotono ripetitore, né può esser fatto scomparire come un'ape operaia nell'alveare dei giuristi del secolo XVIII. Egli è, fra di essi, colui che si assume un

---

([108]) È lo stesso Pothier a precisarlo, commentanto l'art. 255 della *Coutume d'Orléans* (cfr. *Oeuvres,* cit., t. VII, p. 258, n. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ruolo di grande significato storico: la sistemazione del diritto ' privato ' francese; è colui che ha gli strumenti intellettuali e culturali per affrontarla e avviarla, anche se la morte gli impedisce di portarla a termine.

In questa operazione sistematrice il meglio delle sue energie si profonde nel campo dove la sua orma è restata duratura e riconoscibile, quello delle obbligazioni e, in particolare, dei contratti, un campo dove il giudizio — tutto sommato — riduttivo che esce da queste nostre pagine potrebbe subire qualche innalzamento di tono. Anche nel ristretto territorio cui oggi guardiamo un dato emerge però evidente e rilevante: sul complicato assetto delle proprietà, di cui è ricco il paesaggio economico-giuridico della Francia di antico regime, Pothier riesce a costruire il suo ' Traité ', un ' Traité ' che assume a propria piattaforma unitaria il ' domaine de propriété '. Egli ha il merito di metterlo in esponente e autonomizzarlo raccogliendovi sotto un autonomo ' Traité '. L'errore degli apologisti è di non leggere in controluce la sua *propriété*, di rifiutarsi di scorgervi ben inserite dentro le nervature del vecchio dominio utile; l'errore è di idealizzarla, di sottoporla a una palingenesi lustrale alla quale il giurista orleanese non pensò mai, perché vincolato al presente, lettore del suo presente; ma non è certo un travisamento se si sottolinea il rilievo sistematico che Pothier dà alla sua *propriété*, se si segnala la tensione unitaria, pur tra mille complicazioni e contraddizioni, che circola alla base del ' Traité '.

Un intelligente e colto storico francese del diritto in una utile ricerca di qualche anno fa sulle origini dottrinali del *Code civil*, dopo aver parlato con qualche forzatura dell'opera di Domat, di Argou e di Fleury, afferma reciso: « il ne restait plus qu'à établir une théorie générale de la propriété: le mérite devait en revenir à Pothier » (109). Una teoria generale! Il discorso è grosso e impegnativo, e spero che l'ottimo Arnaud se ne sia reso conto.

E innanzi tutto: che vuol dire « établir une théorie générale »? Assai recentemente Uberto Scarpelli ha tentato di rispondere a

---

(109) A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 186.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una simile domanda e ha verificato puntualmente, in pagine pensose e gustose per il fine senso dell'ironia che le sorregge, i tanti, i troppi modi di intendere il sostantivo teoria coniugato con una aggettivazione così rischiosa ed equivoca ([110]). Ma una cosa è certa: v'è un tratto comune, connaturato, essenziale, che non può non tipizzare ogni teoria generale: le sue architetture, le sue risultanze, le sue finalità prescindono dalla positività di un certo diritto vigente *hic et nunc*, e prescindono perciò anche dalla utilizzazione che ne potrebbe fare la prassi; una teoria generale si connota cioè per il suo scardinamento dalla prassi.

Che è esattamente l'opposto di quanto fa Pothier. Sappiamo che il suo orizzonte è il *droit français*; sappiamo che ha una concezione strumentale del diritto; sappiamo che intende colloquiare con gli operatori, siano essi studenti, giudici, avvocati. Una teoria generale gli è cosa estranea innanzi tutto sul piano caratteriale, che si riversa immediatamente su quello metodologico. La sua sfera d'azione è l'esistente e la sua razionalizzazione, che è un territorio troppo asfittico perché vi alligni il germe di una teoria generale; è invece il terreno tipico della costruzione sistematica.

Se per sistema intendiamo l'organizzazione d'un materiale sparso e vario con un tentativo di riduzione ad unità grazie a strumenti di indole eminentemente razionale, non è forzata qualificare come sistematica l'opera del maestro orleanese. La razionalizzazione e unificazione del *droit français* è senza dubbio la sua meta più alta, alla quale orienta la intera vita sua di studio. Guardando alla proprietà certamente la sistemazione non appare del tutto riuscita e il contenitore assunto a denominatore — appunto il *domaine de propriété* — appare gremito dei contenuti più diversi, gremito di storia che è per l'appunto l'irriducibile avversaria di ogni riduzione sistematica. Proprio perché il sistema di Pothier non è mai forzatura della realtà ma lettura della realtà individuandone e inseguendone le tensioni unificanti ma rispettandone il messaggio storico anche nelle sue contraddizioni, il condizionamento non può non essere pesante quando la realtà,

---

([110]) U. Scarpelli, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali - Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cui il sistema è vincolato, è l'assetto fondiario dell'antico regime, diversificato e stratificato oltre ogni dire, quasi irriducibile nella sua eterogeneità e ricchezza di sfaccettature. E il sistema appare claudicante, composito. Ma lo sforzo del giurista è evidente, ed è il merito storico di Pothier.

Certamente, non una teoria generale né un progetto anticipatore ma un sistema redatto ' aujourd'hui ' ([111]), anno di grazia 1771, nella città di Orléans, terra di diritto consuetudinario, felicemente regnante sulla Francia Luigi decimo quinto.

7. Che con Pothier si sia lungo l'itinerario — e si sia fatto ancora un passo innanzi — verso la proprietà moderna lo si può ammettere senza troppe riserve. Il passo innanzi è la sistemazione data alla materia, il punto fermo su di essa, un intero trattato totalmente dedicato al *domaine de propriété* con una attenzione sistematica che è meritevole di forte sottolineatura storica. Si deve tuttavia ribadire che la proprietà moderna è oltre Pothier e che la sua opera in tema di diritti reali non costituì affatto « la trascrizione in termini giuridici della polemica antifeudale dei fisiocrati » ([112]).

Come abbiamo tante volte ripetuto, la proprietà del nostro maestro orleanese è datata, è frutto tipico dell'antico regime. Il ' Traité ' pothieriano non può essere isolato dagli altri ' Traités ', in mezzo ai quali chiede anzi di essere interpretato; e questi trattati, parlando di feudi, censi, *champarts*, rendite, retratti, propongono un vocabolario e una grammatica complessivi che sono quelli della Francia pre-rivoluzionaria senza anticipazioni avveniristiche. All'interno dello stesso ' Traité du domaine de propriété ' non va isolata la definizione ma va collocata sull'edificio giuridico del sistema di situazioni reali costruito a sua fondazione. E infine non va isolato Pothier, ma va raccordato non solo a Domat ma a tutta la coralità dottrinale del *droit français* dal Cinquecento al Settecento.

([111]) Come abbiamo notato più sopra, è con questo avverbio temporale che Pothier avvia, datandolo, il primo capitolo del *Traité*.

([112]) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 221.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Da questo osservatorio più ampio, con queste elementar cautele, lo storico del diritto non può che constatare come la costruzione giuridica continui ad essere fatta sul calco del vecchio dominio utile e come la *propriété* di Pothier, pur con tutta la sua evidenza sistematica, sia nient'altro che la *propriété* di cui ci parlano dottrina e prassi francesi dal secolo XVI in poi, magari con una sua maggiore intensità quantitativa. Certamente non è una proprietà colorita di polemica antifeudale, è il *domaine de propriété* come appare all'osservatore giurista nel momento finale del regime signoriale in Francia.

Arnaud invece esulta — e dietro lui Scozzafava — leggendo le pagine di Pothier: « c'est bien du droit subjectif qu'il s'agit ici » (113). La proprietà è pensata come diritto soggettivo (astratto — aggiunge Scozzafava); abbiamo finalmente oltrepassato i confini del ' moderno '.

Non ci sentiremmo di seguire Arnaud e il suo maestro Villey nella parossistica ricerca del primo apparire della nozione di diritto soggettivo e nelle continue (e altrettanto parossistiche) domande se il termine *ius* in questa o quella definizione di *dominium* stia a significare un contenuto di diritto soggettivo. Siamo sconcertati quando Arnaud esclama a proposito della definizione di Bartolo: « que signifie ce jus disponendi? Nicolini l'analyse comme faculté de disposer, ce qui pourrait en faire, dejà, un droit subjectif », esorcizzando immediatamente il mostro con questa ulteriore precisazione: « L'expression latine jus disponendi a valeur de substantif, le gerondif exprimant ' l'idée d'action ... et qui equivaut dans ce cas ... à un substantif abstrait '. Jus disponendi c'est la disposition non pas le pouvoir de disposer. Il y a donc un monde entre cette formule latine et le ' droit de disposer ' inscrit dans l'article 544 du Code civil. Cette dernière expression en effet est composée du substantif ' droit ', dont depend le verbe ' disposer ': toute la force de la formule réside dans le droit auquel se rattache un attribut, en l'occurrence celui de disposer. Le jus disponendi est l'expression d'un rapport, non d'un pouvoir de droit » (114).

---

(113) ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, cit., p. 187.
(114) ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, cit., p. 182.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La scelta di assumere il diritto soggettivo come idea-guida per ripercorrere l'itinerario del pensiero giuridico romano, medievale e moderno pecca d'ingenuità e la guida rischia di diventare fuorviante. Pecca d'ingenuità, perché è ovvio che, al di là dei termini dell'individualismo moderno, la nozione nel suo significato rigoroso sia un modello ingombrante ed assurdo, alla luce del quale risulta perfettamente inutile verificare istituti e princìpi giuridici; il modello sarà insuscettibile di adattamento su di essi. È chiaro — e non vale la pena, non diciamo di attardarvicisi, né tanto meno di dimostrarlo, ma neanche di precisarlo — che lo *ius* di Bartolo non ha né può avere nulla a che fare con il diritto soggettivo come lo intendono i moderni, e ciò non tanto per le cavillazioni grammaticali di Arnaud sulla scorta del grande Ernout, quanto perché al pianeta di Bartolo è estraneo quel frutto proibito di altro e distante e separato pianeta, che è il diritto soggettivo. Gli esorcismi grammaticali ci sembrano fatica sprecata.

Ma l'incubo del diritto soggettivo non deve farci falsare la voce autentica di Bartolo. Bartolo con *ius disponendi* delinea sommariamente la situazione soggettiva del proprietario, il suo potere in rapporto alla cosa. Non si esorcizza un bel nulla cancellando il potere, come ha fatto il Villey per la nozione classica e medievale di *ius in re* ([115]); si forza invece soltanto una situazione storica. Il problema è analizzare quel potere ben al di là delle formule e collocarlo nel gioco di forze (ideali e strutturali) e di interessi propri alla società e alla cultura ad esso contemporanee. Se ci consente l'amico Arnaud, queste prime sue pagine peccano talvolta di formalismo e di nominalismo, come sono viziate di formalismo e di nominalismo le ricerche del Villey sulla storia dei diritti reali. E si badi: chi scrive crede che Villey abbia più di ogni

([115]) Tra la vasta e varia produzione dedicata al tema da Michel Villey ci sembrano particolarmente significativi: *Du sens de l'expression ius in re en droit romain classique*, in *Mélanges Fernand De Visscher*, II, Bruxelles, 1949, e *Le 'ius in re' du droit romain classique au droit moderne*, in *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Paris, 1950. Una serena valutazione critica delle tesi del Villey può reperirsi in G. PUGLIESE, *'Res corporales', 'res incorporales', e il problema del diritto soggettivo*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. III, Napoli, s.d. Dello stesso autore si veda anche l'ampia voce *Diritti reali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altro capito le radici dell'individualismo giuridico moderno ed è felice di dichiarare il suo debito verso alcune fondamentali ricerche dell'insigne maestro francese.

Inseguire al di sotto del velame delle parole più varie il diritto soggettivo, che non è un assetto concreto della organizzazione giuridica ma un atteggiamento inespresso, inseguirlo sulla labile traccia di un termine, di una formula; inseguirlo quasi per trarne la conclusione che, se v'è diritto soggettivo, ivi c'è individualismo giuridico e un modo 'moderno' di intendere il diritto, significa inoltre correre il rischio di precludersi la visione del globale e di lasciarsi abbacinare dal particolare senza cogliere le grandi linee portanti e fondanti. Uno storico simile ci sembra assai simile a quegli esploratori del tardo medioevo, che di fronte a un principe esotico si preoccupavano soltanto se quegli fosse o non fosse il mitico Prete Gianni; un simile storico misurerebbe — e impoverirebbe tutto — in relazione a uno schema mentale rigido, sterile e particolarizzante.

Ma torniamo al punto che abbiamo diverse volte segnalato: se ci arrestiamo, come fa Arnaud, alla definizione di Pothier, questa è la definizione tralatizia che, risalendo all'indietro, troviamo nella *Encyclopédie,* nei *Dictionnaires,* nei maestri francesi su su fino a Hotman, e, in generale, più ancora fino a Zasius; una definizione che indica con precisione la nuova antropologia della proprietà, ma che non basta per indicarci la nuova costruzione giuridica della proprietà; anzi, essa galleggia su una costruzione che gli è fondamentalmente estranea. Siamo sulla strada verso la proprietà moderna, in una zona colma di contraddizioni, in cui vengono a coesistere una antropologia nuova insieme a una grammatica giuridica vecchia.

Dal punto di vista rigorosamente giuridico il 'moderno' ha da venire: avremo una proprietà moderna quando si sarà spogliata — ci sia perdonato il discorso apparentemente lapalissiano — di ogni residuo medievale. Certamente, innanzi tutto, quando avremo una proprietà costruita sul soggetto e per il soggetto e, conseguentemente, quando la vedremo saltare di piano, quando dal modesto livello economico-giuridico, essa ascenderà al cielo delle nozioni etico-politiche; quando non è più soltanto un fenomeno organizzativo concreto di concreti assetti economici ma un vessillo che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si libra alto sugli assetti economici, e perciò astratto, e perciò acontenutistico; quando, in derivazione da questa filosofia, la si costruisce sul piano tecnico-giuridico veramente, autenticamente, unica ed assoluta, senza compromissioni con larve di *domaines* coesistenti; quando — ed è qui il segreto essenziale — se ne riscopre la *semplicità*, si fa di essa il più *semplice* degli istituti giuridici come *semplice* nella sua unilinearità è il soggetto da cui deriva e su cui si esempla; quando, pertanto, a livello sempre di architettura tecnica, la si differenzia, senza un'ombra, senza una perplessità, senza una compromissione, non marginalmente ma essenzialmente, non quantitativamente ma qualitativamente, da ogni altro diritto reale e se ne fa di ogni altro diritto reale l'*oppositum* logico. Una proprietà ' moderna ' non può aver nulla a che spartire con l'usufrutto, le servitù prediali, l'ipoteca, e via dicendo. Perché la prima si legittima nel cielo delle nozioni etiche, gli altri — tutti gli altri — si collocano nella bassa corte degli assetti economici.

Certamente, questa proprietà è una conquista, né facile né veloce, ed è una conquista che non si realizza ancora con Pothier. Con lui la scienza giuridica moderna è ancora nel pantano di una aporia fondamentale, che vede in relazione di incoerenza, al di sopra, le certezze antropologiche, al di sotto, l'inerzia del costume giuridico. È una conquista, e come tutte le conquiste non è l'affioramento di un termine, di un concetto; è, al contrario, un complesso di idealità e di tecniche che si uniscono e che, nel loro annodamento e nella loro reciproca armonia, ci rivelano l'avvenuto crollo delle mura della cittadella antica. Il diritto soggettivo astratto è, per un verso, un aspetto parziale, per un altro, un esito finale. Certamente un segnale assai squillante, ma non separabile da un contesto più ampio, che lo precede e lo legittima storicamente; e lo storico farebbe bene a guardare innanzi tutto a questo prima di isolare il suo sguardo su derivazioni e formalizzazioni: ' N'isolons jamais, rapprochons toujours '.

Considerazioni affatto analoghe ci sembra di poter spendere sulla individuazione del ' moderno ' della proprietà in questo o quell'aspetto isolato, in una sorta di zelo istologico rispetto al quale lo storico si sente giustamente a disagio; come quando

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Scozzafava ([116]) — e con lui altri ([117]) — insistono con vigore sullo *ius excludendi*. Non è questa la sede per discutere del volto tipico della proprietà moderna, anche se non possiamo fare a meno di rilevare che questa giovane civilistica ha eccessivamente esasperato ed esaltato il problema della apertura e chiusura dei fondi sotto l'impressione intensa di una storiografia soprattutto inglese ([118]) incentrata sul tema delle *enclosures*, che Oltremanica è vissuto in modo sensibilmente diverso che sul continente. Il discorso sarebbe necessariamente lungo e complesso e richiederebbe l'esame di una ampia documentazione, né possiamo qui andare oltre l'accenno fatto. Abbiamo però il dovere di proseguirlo per quanto attiene al nostro Pothier.

Nel quadro esasperato che ce ne dà Scozzafava, il giureconsulto orleanese ha di fronte « un assetto economico, che non conosce proprietari » ([119]), e questo è falsante. Perché, se si vuol dire che nella Francia del tardo Settecento imperavano i dominii collettivi, questo è troppo; se si vuol dire invece che Pothier ha intorno a sé strutture proprietarie che non si connotano ancora dei caratteri della proprietà individualistica moderna, questo è vero, ma è una smentita della tesi centrale di Scozzafava, perché la prima delle proprietà non-moderne è proprio quel *domaine de propriété* che Pothier non crea *contro* la realtà ma sistema e organizza teoreticamente *sulla* realtà dell'antico regime. Questa seconda è la diagnosi da fare ma deve ricomprendere anche la proprietà disegnata nel ' Traité ': trattato che — lo sappiamo bene — non parla che occasionalmente degli allodii, mentre si diffonde ampiamente su quelle proprietà che non sono altro che lo sviluppo e la deformazione del vecchio dominio utile, e del vecchio dominio utile serbano l'inconfondibile carattere. Proprietà che sono tutte imperfette in quanto proprietà di vassalli, di *censitaires*, di *cham-*

([116]) SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, cit., pp. 333-334; ID., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., pp. 225 ss.

([117]) Così, ma più sfumatamente, SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 7.

([118]) Ma anche di M. BLOCH, *La fine della comunità e la nascita dell'individualismo agrario nella Francia del XVIII secolo* (trad. ital. di D. Zardin), Milano, 1978, che pure precisa abbastanza il quadro complessivo (pp. 17-18).

([119]) SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 220.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

partiers. E, come tali, *propriétés* che non possono contrassegnarsi per un rigoroso *ius excludendi*. Se non v'è *ius excludendi* per il fondo sottoposto a un diritto d'uso collettivo — per esempio, alla diffusa *vaine pâture* —, non v'è ugualmente per il normale *domaine de propriété* di cui tratta Pothier, perché è costituzionalmente sottoposto a un numero non irrilevante di diritti del *seigneur tresfoncier*: basti dire che questi sulla *propriété censitaire* avrà pieno diritto di cacciare e, in modo più ristretto, lo avrà anche nel fondo feudale, rompendo la gelosa chiusura della terra in ' proprietà ' (120); e avrà, a certe condizioni, partecipazione al tesoro e alle *épaves*, ossia alle cose smarrite, rinvenuti nel fondo (121). La ' propriété ' di Pothier ha delle breccie non occasionali ma naturali nei suoi confini, ed è ovvio che sia così, perché essa è pensata come un *domaine* in necessaria posizione dialettica con un altro *domaine* concorrente. Non dobbiamo infatti mai dimenticarci quanto Pothier stesso tiene a dichiarare in apertura del ' trattato ' e che mette a fuoco la reale portata dell'istituto: « c'est, à l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété ». La proprietà perfetta, che coincide con l'allodio, esiste, ma è più un modello lontano che il calco presente e vigente su cui il giurista plasma l'istituto.

Una parola sola, infine, sullo spazio e sul ruolo dello *ius excludendi* nell'àmbito della definizione pothieriana di proprietà. Storicamente è il punto che meno ci interessa, il più formale, ma conviene affrontarlo perché Scozzafava vi fa gran conto esagerando quello spazio e quel ruolo. Una prima considerazione è che l'aspetto della esclusività è estraneo alla definizione in senso stretto, dove l'essenza dell'istituto è còlta unicamente nel « droit de disposer à son gré d'une chose ». La seconda considerazione è che si parla di esclusività da parte di Pothier soltanto per giustificare il termine ' propriété ' costruito sull'aggettivo ' propre '. L'evocazione della esclusività è soltanto indiretta e non legittima enfatizzazioni. La terza considerazione è che, nella enumerazione delle facoltà contenute entro il diritto complesso di proprietà

(120) Cfr. quanto abbiamo precisato più sopra alla pagina 429.

(121) Cfr. quanto dice POTHIER, *Propriété*, cit., P. I, chap. II, art. IV, n. 64 e 67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— una enumerazione scandita in sei puntualizzazioni — l'esclusività è menzionata soltanto nella quinta scomparendo quindi nell'ampio novero delle altre, ed è menzionata non con un'affermazione sonora e recisa ma in tutta la sua relatività: sia l'esplicito riferimento agli *usages* convenzionali, sia quello assai generico a 'quelque droit de servitude' come circostanze che fanno venir meno il requisito lo relativizza non poco (122). Lo *ius excludendi* di Pothier ha insomma la stessa pregnanza di affermazioni che troviamo in definizioni precedenti (123).

Quel che il giurista orleanese aspetta ancora è la compiuta storicizzazione del suo messaggio. Gran sistematico, scrittore chiaro e pulito, Pothier ha avuto, e non poteva non avere, molta fortuna (non sappiamo se dire, eccessiva, ma senza dubbio molta) 124); lo si è sempre letto con occhiali deformanti, esaltando ciò

---

(122) POTHIER, *Propriété*, cit., P. I, chap. I, n. 5, dove al 5° punto si segnala: « Le droit d'empêcher tous autres de s'en servir, sauf ceux qui auraient ce droit en vertu de quelque droit de servitude, ou auxquels il en aurait, par quelque convention, concédé un certain usage ».

(123) Un esempio fra i molti: LE CARON, *Pandectes ou digestes du droict françois*, l. II, chap. XIX: « Le droict du domaine consiste principalement en trois choses à sçavoir de tenir et posseder la chose et en jouyr, en après d'empescher et repousser tous autres de la jouyssance d'icelle, et finalement de la maintenir, augmenter, diminuer et aliener » (p. 188).

(124) Una grossa fortuna è documentabile presso i redattori del *Code civil* e presso i maestri della scuola esegetica francese, dove si perpetuano ancora non pochi degli equivoci presenti in Pothier e dove la teoria della proprietà non assume ancora quella depurazione fondamentale che permette allo storico di constatare l'approdo di un nuovo corso. Come crediamo di aver dimostrato altrove (cfr. *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, cit., *passim*), sia la *école de l'exégèse* (e, dietro di essa, la paleo-civilistica italiana), sia lo stesso *Code civil* tradiscono nelle loro articolazioni tecniche un palese imbarazzo di scelte e segnalano il terreno di transito, in cui si pongono, tra vecchio e nuovo. Le certezze filosofiche e politiche non coincidono ancora con un costume giuridico che è, da un punto di vista squisitamente tecnico, malgrado l'espunzione dall'orizzonte del sistema feudale, sostanzialmente quello stesso di Pothier. Le nostre conclusioni, che sono largamente documentate nel saggio sopracitato e che possono essere smentite soltanto sul piano della documentazione ivi offerta, non han convinto un civilista attento ai problemi dei diritti reali, il Comporti, il quale ha tenuto a sottolineare recentissimamente un marcato dissenso (cfr. M. COMPORTI, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Rivista di diritto civile*, XXX (1984), p. 301). Noi non possiamo che ribadire quanto ci sembra essere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che premeva e ignorando ciò che ripugnava, isolando testi da altri connessi che venivano bellamente dimenticati. Per riprendere il discorso iniziale, si è operato una beatificazione immeritata, falsando i pur rilevanti meriti del giureconsulto. Ci sembra però giunta l'ora di un recupero storico, e queste pagine non ad altro mirano limitandosi al grande tema della *propriété*. Forse il recupero, con le sue luci e le sue ombre messe in piena evidenza, ha per taluno il vizio di togliere Pothier dal numero dei purissimi spiriti; per lo storico ha il pregio di ridargli carne e ossa e farne voce autentica del suo tempo.

---

il tratto caratterizzante di una civilistica — che arriva, in Francia, fino al Laurent e, in Italia, fino a Francesco Saverio Bianchi: lo iato profondo — e la conseguente aporia — fra un programma filosofico-giuridico ripetuto con entusiasmo ma giammai assorbito fino in fondo — galleggiante sopra vecchie indisturbate resistenze — e un impianto architettonico non consequenziale a quel programma e solidamente basato su queste resistenze. Sotto il profilo storico-giuridico non ci sentiremmo proprio di trascurare un simile impianto — unico banco di prova concreto delle concrete scelte dell'intellettuale-giurista — per appagarci di ideali affermazioni novatrici, che non hanno la forza di incidere sul suo lavoro specifico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

29.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Birgit BINDER, *Otto Bähr (1817-1895). Richter von universellem Geist Mittler zwischen Dogmatik und Praxis*, Frankfurt-Bern 1983, 182 S

Otto BÄHR ist der heutigen deutschen Rechtswissenschaft durchaus geläufig. Er wird als Begründer der zivilrechtlichen Lehre vom abstrakten Schuldvertrag angesehen und er wird zitiert, wenn vom « Rechtsstaat » und der Entstehung der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Rede ist. Damit enden allerdings meistens die Assoziationen. Eine Biographie dieses bedeutenden Juristen gab es bislang nicht. Nur wenige ältere Aufsätze beschäftigten sich mit ihm (1).

Birgit BINDER, eine Doktorandin von Karl KROESCHELL, beginnt mit einer detaillierten Schilderung der Jugendjahre in Fulda und Kassel, sie beschreibt die Studienorte (Marburg, Göttingen, Heidelberg), die ersten Stationen einer Richterlaufbahn, BÄHRS Mitarbeit bei der Gesetzgebung in Kurhessen und seine Verwicklung in den Verfassungskonflikt nach 1850. Dies ist das krisenhafte politische Umfeld, aus dem später die Forderung erwachsen ist, die letzten Schlupfwinkel des Polizeistaats seien zu zerstören und man müsse « den Gedanken aufgeben, als ob von der Aufrechterhaltung jeder kecken Polizei-Maßregel das Heil der Welt abhinge »! Das monarchische Prinzip in seiner reaktionären kurhessischen Ausprägung stand hier gegen einen liberalen Konstitutionalismus, der die fortschrittliche Verfassung von 1831 und die Errungenschaften von 1848 zu verteidigen suchte. BÄHR stand eindeutig auf der liberalen Seite, ohne sich aber als Richter allzusehr zu exponieren. Ab 1856 trat er in engen Kontakt zu Rudolf VON IHERING und wurde Mitherausgeber der « Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts ». Seit seinem Buch « Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund » (1855, 1867², 1894³) gehörte er zu den angesehenen Autoren des Zivilrechts.

---

(1) Die italienische Rechtswissenschaft hat ihm schon früh Aufmerksamkeit geschenkt. Sein zivilrechtliches Hauptwerk wurde rezipiert bei Cesare FACELLI, *L'exceptio non numeratae pecuniae in relazione col contratto letterale del diritto romano* (con la traduzione dal tedesco consentita dall'Autore dell'appendice « *Die exceptio non numeratae pecuniae* » all'opera « *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* » del Dr. Otto BAEHR), Torino 1886. Der « Rechtsstaat » erschien als « Lo Stato giuridico ». Traduzione con prefazione e note dell'avv. Oliviero OLIVIERI, Torino 1891 (in « Biblioteca di Scienze Politiche », dir. da A. Brunialti, vol. VII). Vgl. auch Filippo SERAFINI, *Otto Bähr*, in *Archivio giuridico*, Bd. 15, Modena 1875, 591.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Eine zweite Phase der Biographie beginnt mit der erneuten Zuspitzung des Verfassungskonflikts in Kurhessen, mit BÄHRS Berufung an das Oberappellationsgericht Kassel (1863) und mit den Ereignissen des Jahres 1866. BÄHR wird nunmehr Richter am Oberappellationsgericht in Berlin und nationalliberaler Abgeordneter im Reichstag (1867-1879). Es sind dies die Jahre des juristischen Methodenwandels, der Entstehung des Verwaltungsrechts und der Durchsetzung des Rechtsstaats durch gerichtliche Kontrolle der Exekutive. BÄHRS Buch « Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze » (1864) spielt dabei eine entscheidende Rolle.

Die dritte und letzte Phase der Biographie ist gekennzeichnet durch die Beteiligung an der Schaffung der « Reichsjustizgesetze », durch BÄHRS Amt als Richter am Reichsgericht in Leipzig (1879 ff.) und durch seine Kritik am Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs. So detailliert die Schilderung dieses Lebenswegs in der ersten Phase einsetzt, so allgemein wird sie später. Gerne hätte der Leser Genaueres über BÄHRS Wirken im Reichstag, über seine Position innerhalb der Genossenschaftslehre « zwischen BESELER und GIERKE » sowie in der Debatte um die Kodifikationen erfahren. Auch seine Stellung im liberalen Lager, das nach 1848 in eine tiefe Identitätskrise geraten war und nun mehrheitlich den Weg des bürgerlich-konservativen Nationalliberalismus ging, hätte differenzierter bestimmt werden können.

Aber das mag späteren Arbeiten vorbehalten bleiben. Vorerst ist es schon erfreulich, eine zuverlässig informierende Biographie und eine Darstellung der wichtigsten Werke BÄHRS zu haben. Der Abschnitt « Lehre und Werk » beginnt mit « Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund », womit BÄHR aus dem römischrechtlichen Material eine nicht-römische Lösung entwickelte und legitimierte, die den Bedürfnissen der kapitalistischen Wirtschaft entgegenkam und deshalb schnell von den Pandektenlehrbüchern und 1880 vom Reichsgericht anerkannt wurde. In dieser Form ist die Lehre dann in die §§ 780, 781 BGB eingegangen.

In ähnlicher Weise gelang es BÄHR mit dem « Rechtsstaat », dem in allen politischen Lagern virulenten und mehrdeutigen Wort eine spezielle Ausrichtung auf gerichtsförmige Kontrolle des Staates durch « ordentliche Gerichte » oder Verwaltungsgerichte zu geben. Anders als Rudolf VON GNEIST legte BÄHR auf die Unabhängigkeit dieser Gerichte größten Wert. Für ihn waren die schlechten kurhessischen Erfahrungen maßgebend, während GNEIST mit der Schaffung von Verwaltungsgerichten auf Versöhnung von Bürgertum und monarchischem Staat zielte, also auf die Lösung eines spezifisch preußischen Problems, das auch schon die Reformer nach 1806 beschäftigt hatte.

Am Ende stehen die kritisch-polemischen Stellungnahmen BÄHRS zur Zivilprozeßordnung — er bevorzugte hier das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung und warnte klarsichtig vor

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

den Folgen eines puristisch durchgeführten Mündlichkeitsprinzips — und zum ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1888). Die Kritik am BGB deckte sich teilweise mit der GIERKES, was bei der gemeinsamen Verwurzelung beider in der germanistischen Tradition der Historischen Schule nicht überrascht, aber sie wurde doch weniger aus theoretischen Überlegungen als aus den Bedürfnissen der richterlichen Praxis entwickelt. Auch hier wäre es von Interesse, den vollständigen Gründen nachzuspüren, die zur Wirkungslosigkeit dieser Kritik führten.

Juristenbiographien sind reizvolle, aber auch schwierige Aufgaben. Eine möglichst gründliche Versenkung in Leben, politisches Umfeld, Werk und Wirkung müßte mit der notwendigen Distanz verbunden werden, die erst eine gerechte Beurteilung und Einordnung in die Tendenzen einer ganzen Epoche ermöglicht. Bei Erstlingswerken sollte man allerdings die Ansprüche nicht übersteigern. Hier ist das Ziel erreicht, wenn die Quellen in methodisch sauberer Weise erschlossen und unverzerrt wiedergegeben sowie zu einem Bild mit einigermaßen deutlichen Konturen zusammengefügt werden. Das ist hier geleistet worden und insofern sollte die Rechtsgeschichte dankbar feststellen, daß dort eine Grundlage geschaffen wurde, wo bis jetzt nahezu nichts vorhanden war.

MICHAEL STOLLEIS

Monika FROMMEL, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Ebelsbach a. M., 1981.

1. Nell'area di lingua tedesca, le riflessioni sulla scienza giuridica svoltesi in un arco di quasi quarant'anni hanno potuto trovare una forma più sistematica e conclusiva grazie all'apporto di due correnti di pensiero: negli anni Cinquanta la topica, a partire dagli anni Sessanta l'ermeneutica. Mentre però, nel caso della topica, viene operata una « riscoperta » di motivi elaborati all'interno della tradizione giuridica, per quanto riguarda, invece, le dottrine che si ispirano all'ermeneutica è stata piuttosto recepita (1) una dottrina filosofica generale, facente capo alla filosofia esistenzialistica di Heidegger, rielaborata su base ermeneutica da Gadamer nel saggio *Wahrheit und Methode* (2).

(1) Lo nota giustamente H. ROTTLEUTHNER, *Hermeneutik und Jurisprudenz*, in H.-J. KOCH (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, (1976), p. 7.

(2) H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 1. ed. Tübingen 1960, 3. ed. 1972, (trad. it. a cura di G. VATTIMO, *Verità e metodo*, Milano 1972, 2. ed. 1983. D'ora innanzi citerò tale raduzione).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questa « nuova » ermeneutica rappresenta una « rottura » con la tradizione ermeneutica classica e mostra la tendenza a divenire problema filosofico generale.

Il libro di Gadamer, *Wahrheit und Methode,* indubbiamente un caposaldo per l'analisi di tutta la problematica ermeneutica generale, diventa quindi per la nostra autrice primario ed inevitabile riferimento che le permette di stabilire un parallelismo effettivo e sistematico tra ermeneutica filosofica ed ermeneutica giuridica. L'informata dissertazione della Frommel, ricostruendo inoltre accuratamente il pensiero ermeneutico-giuridico di due fra i più noti e qualificati esponenti della scienza giuridica tedesca, costituisce un lodevole tentativo di esposizione organica della recezione in campo giuridico dell'ermeneutica gadameriana. La scelta di questi due capiscuola è stata determinata — sottolinea l'autrice — dalla loro ampia ed efficace influenza; essi riflettono in maniera rappresentativa un'« autoimmagine della giurisprudenza » circa il ruolo del giurista nella società, e il loro dissenso aiuta a comprendere divergenti stilemi dogmatici (3).

La *prima parte* del libro tratta il rapporto tra la nuova ermeneutica filosofica di impostazione gadameriana e l'ermeneutica giuridica classica. Nella *seconda parte* vengono fatti risaltare gli aspetti comuni e divergenti delle tesi dei due autori studiati, sulla base delle loro opere fondamentali. La *terza parte* affronta la problematica dei motivi che stanno alla base delle contrastanti concezioni. Si tratta, in sostanza, nota la Frommel, di motivi derivanti dalle opposte tradizioni, cui i due autori si sentono legati. Esser fa riferimento ad un concetto topico di plausibilità, la cui caratteristica è data da una combinazione pragmatica di formule argomentative sistematiche e topiche. Larenz rifiuta, invece, la coesistenza dei due sistemi di pensiero; la sua concezione è informata dalla contrapposizione neohegeliana tra « concetti astratti » e « tipi ».

Più di qualsiasi altro autore, Esser contribuì a consolidare teoreticamente un mutamento di stile nelle argomentazioni dogmatiche, che si era fatto osservare nella risoluzione di singole questioni giuridiche, indipendentemente dal dibattito intorno all'ermeneutica. A questo scopo, egli combinava assunti della giurisprudenza degli interessi, risultati del dibattito sulla topica e contributi fondamentali dell'ermeneutica filosofica. Questa integrazione di differenti idee in una sintesi unitaria di pensiero, esposta in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (4), (1. ed. 1970), spiega, a giudizio della Frommel,

---

(3) M. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Ebelsbach am Main 1981.

(4) J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main 1970, 2. Aufl., 1972. (Traduzione italiana di S. Patti - G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razio-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'enorme successo conseguito da questo scritto tutto percorso da una forte *vis* polemica, e, al contempo, le molteplici controversie che ha sollevato. Ci si sentì interpellati, colpiti e stimolati ad esporre la propria soluzione ai problemi inquadrati. Ora, il confronto con Larenz offre l'opportunità di trattare alcuni dei punti controversi, dal momento che i suoi argomenti sono rappresentativi di una parte delle obiezioni sollevate contro lo scritto di Esser.

L'esposizione dei principii dell'ermeneutica in Larenz è basata — precisa la Frommel — sulla terza edizione della *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1975) (5), poichè Larenz compie qui una svolta verso l'ermeneutica giuridica, mentre la prima e la seconda edizione sono ancora sensibilmente influenzate dal neohegelismo. La distanza temporale che divide la terza edizione della *Methodenlehre* di Larenz (1975) dalla prima edizione di *Vorverständnis und Methodenwahl* di Esser (1970) vieta di considerare le due opere come contemporanee o contestuali. Se si considerano, infatti, gli anni di pubblicazione degli scritti più significativi in tema di ermeneutica giuridica dopo il 1965, si noterà come siano tutti apparsi in un periodo relativamente breve, prima del 1971 (6). Scritti posteriori già precisano nelle loro linee fondamentali tesi ormai acquisite, ovvero fanno riferimento, criticamente e retrospettivamente, ai contributi pubblicati. Larenz si inserisce molto tardi nel dibattito intorno all'ermeneutica, in un momento cioè in cui esso può considerarsi praticamente concluso: volgendo lo sguardo ad una controversia che ha già operato la diffusione generale delle tesi dell'ermeneutica giuridica, egli modifica la sua precedente concezione in singoli punti, mantenendo tuttavia inalterati gli elementi sostanziali. La sua recezione dell'ermeneutica giuridica può essere compresa — a giudizio della Frommel — soltanto ripercorrendo attentamente, in sequenza storica, la continuità e la trasformazione del suo pensiero (7).

Nell'economia di questa nota, riprenderò brevemente, sulla scorta dell'esposizione della Frommel, il tema dell'ermeneutica filosofica gadameriana per poi dedicare il paragrafo 3 alla ricostruzione delle problematiche ermeneutico-giuridiche di Larenz ed Esser e il paragrafo 4 alle considerazioni critiche.

---

nalità nella prassi decisionale del giudice, Napoli 1983. (Il merito principale dei due traduttori consiste, a mio giudizio, nell'aver tentato di render chiaro, nei limiti del possibile, il pensiero di Esser, certamente « gedankenschwer und tiefgründig », ma un po' forse alluvionale e, per la verità, non sempre cristallino. Ogni traduzione è perciò sempre una interpretazione, anzi, si può dire con Gadamer, che essa è « il compimento dell'interpretazione che il traduttore ha dato della parola che si è trovato di fronte »). A questa traduzione di PATTI-ZACCARIA faranno riferimento tutte le citazioni del testo di Esser.

(5) K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1975; FROMMEL, *Die Rezeption*, cit., p. 1.

(6) FROMMEL, *Die Rezeption*, cit., p. 3.

(7) FROMMEL, *ibidem*, p. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. Il pensiero di Gadamer, sviluppato soprattutto nella sua opera fondamentale *Wahrheit und Methode*, si innesta, come è noto, direttamente sulla elaborazione dell'analisi esistenziale che aveva come scopo principale, al livello del problema ermeneutico, quello di negare che la comprensione fosse semplicemente uno sviluppo, differenziato in maniera sempre più netta da una perfetta tecnica interpretativa (come voleva invece l'ermeneutica romantica e, con essa, il Betti), della relazione elementare soggetto-oggetto che viene a instaurarsi tra interprete e testo (8). Il superamento di questa concezione aveva portato ad individuare il « circolo ermeneutico » non solo internamente al testo, ma come struttura alla quale apparteneva lo stesso soggetto, e ad affermare, sempre più chiaramente ad opera dei discepoli di Heidegger, come le condizioni di possibilità del comprendere non siano tutte riconducibili nell'ambito di un procedimento o di un metodo, ma includano quel dato esistenziale originario che prende il nome di « precomprensione » (*Vorverständnis*) (9).

La vera e propria « svolta ontologica » dell'ermeneutica gadameriana è rappresentata non tanto dal tentativo di fornire una metodologia delle scienze dello spirito, quanto dall'impegno di scoprire le « condizioni propriamente trascendentali del comprendere » (10). La precomprensione è appunto « la prima di tutte le condizioni ermeneutiche », e non è rifiutabile da parte del soggetto conoscente.

I canoni ermeneutici classici non sono ritenuti erronei, ma semplicemente insufficienti, o meglio « ulteriori » rispetto al dato fondamentale della precomprensione. La teoria ermeneutica gadameriana non è indifferente al problema epistemologico, anzi intende ovviare al pericolo di un fraintendimento del testo o di una sua manipolazione arbitraria ad opera della precomprensione. Da un lato, infatti, la « coscienza ermeneuticamente educata » deve mostrarsi « preliminarmente sensibile all'alterità del testo », dall'altro, ognuno di noi deve rendersi cosciente delle « proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi », in quanto i pregiudizi di cui non siamo consapevoli sono « quelli che ci rendono sordi alla voce del testo » (11).

---

(8) FROMMEL, *ibidem*, p. 17 s.: « Hätte Gadamer seine Kritik auf das Objektivitätsideal der romantischen Geisteswissenschaften beschränkt, so hätte sich die Kritik an seiner Neuformulierung der Hermeneutik auf eine Fachdiskussion z.B. mit Emilio Betti beschränkt, um eine Hermeneutik-Konzeption zu nennen, welche in vergleichbarer Weise an einer hermeneutischen Grundlegung der traditionellen Geisteswissenschaften interessiert ist ».

(9) M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 9. Aufl., Tübingen 1960, p. 312 ss.; R. BULTMANN, *Das Problem der Hermeneutik*, in *Glauben und Verstehen*, Tübingen 1932, p. 214; GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 313 ss., 342 ss.

(10) FROMMEL, *Die Rezeption*, p. 84: « Die Hermeneutik behandelt die *transzendentalen* Voraussetzungen des Verstehens und nicht *konkrete* Verstehensprozesse ».

(11) GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 317.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'analisi gadameriana intende inoltre mostrare, complementarmente, in che misura l'uomo, tramite il processo stesso del comprendere, modifichi di continuo i suoi paradigmi di comprensione. Con i termini «storia degli effetti» (*Wirkungsgeschichte*) e «consapevolezza della storia degli effetti» (*wirkungsgeschichtliches Bewusstsein*), Gadamer vuole indicare la «coappartenenza» originaria di soggetto interpretante ed oggetto dell'interpretazione al medesimo contesto della tradizione, dal momento che la «cosa» da interpretare non è un dato isolato, ma è un prodotto che ha una storia costituita dall'insieme delle interpretazioni, dalla massa di significati che un dato testo ha via via assunto nel corso del tempo (12). In tal modo, la distanza temporale dall'epoca del testo non è una distanziazione alienante, non è «un abisso spalancato davanti a noi, ma è riempito dalla continuità della trasmissione e della tradizione, nella cui luce si mostra tutto ciò che è oggetto di comunicazione storica»; essa va perciò riconosciuta ed accettata, non superata di un balzo secondo «l'ingenuo presupposto dello storicismo, per il quale ci si doveva trasporre nello spirito dell'epoca, pensare secondo i suoi concetti e secondo la sua mentalità e non secondo la propria, perchè solo così si sarebbe potuta raggiungere l'obiettività storica» (13). Il riconoscimento della distanza temporale e della mediazione riflessiva tra passato e presente costituisce quindi una positiva e feconda possibilità del comprendere in quanto lascia cadere, in una sorta di processo di filtrazione o distillazione delle possibilità interpretative, gli interessi contingenti e soggettivi per l'oggetto, e lascia invece affiorare i pre-giudizi veri, che rendono possibile la comprensione autentica, legittima, universale. La distanza temporale è l'autentica portatrice della verità: i pre-giudizi che riescono a superare la prova del tempo sono quelli veri, tutti gli altri sono falsi (14).

Comprendere è un «processo di fusione di orizzonti», l'orizzonte del passato e l'orizzonte del presente, non realmente distaccabili e indipendenti tra loro (15). Questa «fusione di orizzonti» avviene, secondo Gadamer, mediante «applicazione». I tre momenti fondamentali dell'esperienza ermeneutica, *intelligere*, *explicare*, *applicare*, tradizionalmente tenuti sempre distinti, giungono in Gadamer a divenire «un aspetto costitutivo dell'atto interpretativo inteso come unità» (16). L'applicazione non è, infatti, un momento successivo e subalterno rispetto all'intendere e allo spiegare, come voleva l'ermeneutica tradizionale, per cui il senso, già compreso, di un testo, andava adattato

(12) GADAMER, *ibidem*, p. 360 ss.
(13) GADAMER, *ibidem*, p. 347.
(14) GADAMER, *ibidem*, p. 348 s. «La distanza temporale non elimina solo i pregiudizi di natura particolaristica, ma fa d'altra parte emergere quelli che sono tali da aiutare una vera comprensione».
(15) GADAMER, *ibidem*, p. 356.
(16) GADAMER, *ibidem*, p. 359.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in un secondo tempo alla concreta situazione dell'interprete; essa è invece un elemento che codetermina il comprendere fin dal principio e nella sostanza.

Naturalmente, la tesi che fa dipendere la possibilità dell'interpretazione da una struttura del comprendere precostituita, quale è la precomprensione, pur con gli accorgimenti insiti nella « coscienza preliminarmente sensibile all'alterità del testo » e nella « precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi », non può non apparire ad autori come Betti, ancora legati alla teoria dell'interpretazione nel senso tradizionale, una irrimediabile perdita di oggettività e una manifestazione di soggettivismo esasperato (17). Ma ciò accade perchè, rifiutando il piano dell'analisi esistenziale, Betti non colloca la precomprensione nei termini ontologici in cui era stata definita da Bultmann e ripresa da Gadamer, bensì la percepisce come « relazione con l'oggetto da interpretare » che porta ad un pregiudizio sul suo contenuto, tale da rendere vano, con l'anticipazione del risultato, il compito dell'esegesi (18). Questo « fraintendimento » fra i due autori, che muovono da prospettive gnoseologiche tanto diverse, ha innescato una polemica piuttosto aspra e indignata, alla quale Gadamer ha posto fine lamentandosi di non essere riuscito a convincere Betti che una teoria filosofica dell'ermeneutica non è una metodologia (19).

La « svolta ontologica dell'ermeneutica » in Gadamer segna così l'abbandono della concezione oggettivistica o, forse meglio, « univocistica » del comprendere, evidenziando non solo l'inevitabilità e la non rifiutabilità, ma la fecondità, anche in termini veritativi, del circolo ermeneutico, che non solo non può, ma non deve prescindere dalle domande — rivelatrici, non solo falsanti, deformanti — delle diverse epoche e dei diversi interpreti.

3. È innegabile — sottolinea la Frommel — il valore del contributo dato dall'analisi filosofica gadameriana ad una maggiore consapevolezza metodologica del pensiero giuridico (20). Il tentativo di indagare la capacità chiarificatrice dei concetti base mutuati dalla ter-

---

(17) FROMMEL, *Die Rezeption*, cit., p. 18: « Die von Betti geäußerte Kritik, Gadamer löse das Ideal der objektiven Wissenschaft zugunsten eines diffusen Subjektivismus auf, kann Gadamer von seiner Perspektive aus zu Recht als zum Teil auf einem Mißverständnis, zum Teil auf einem anderen Hermeneutik-Begriff beruhend zurückweisen ».

(18) E. BETTI, *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'università di Bari*, (1961), Cap. XVI, p. 14.

(19) Vedi sul punto L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7 (1978), *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, Milano 1979, p. 133: « Il fraintendimento non ha certo giovato alla fruttuosità della polemica, e anzi l'ha spinta in prossimità del dialogo fra sordi ».

(20) FROMMEL, *Die Rezeption*, cit., p. 1, 231.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

minologia filosofica ermeneutica (precomprensione, circolo ermeneutico, applicazione), autorevolmente intrapreso dai due studiosi presi in esame, li ha condotti a risultati in parte convergenti, in parte divergenti.

Entrambi, richiamandosi alle tesi di Gadamer, rinunciano ad illustrare in dettaglio le premesse teoretiche dell'ermeneutica generale, inserendone invece alcuni elementi in un contesto riguardante i problemi sistematici e pratici della giurisprudenza. Punto di partenza per la recezione dell'ermeneutica è il superamento di una concezione dell'applicazione del diritto, che ambedue gli autori concordano nell'identificare con l'esposizione fornita da Enneccerus-Nipperdey nel celeberrimo manuale di diritto civile ([21]). Tramite la recezione dell'ermeneutica, Esser e Larenz intendono mettere in maggior rilievo, rispetto alla metodologia giuridica tradizionale, il rapporto che viene ad instaurarsi tra metodo giuridico, elaborazione dogmatica dei concetti e valutazione giudiziale. Concordemente, non considerano l'ermeneutica una metodologia delle scienze dell'interpretazione, bensì una riflessione sulle possibilità e i limiti dei metodi tradizionali ([22]). In modo particolare, Esser sottolinea l'impossibilità di una cosiddetta gerarchia dei molteplici canoni interpretativi e la necessità di criteri di valutazione al di fuori delle regole interpretative formalizzate ([23]). Ed in effetti, di fronte ai numerosi criteri ermeneutici non è mai stata stabilita una gerarchia capace di prescrivere il metodo (o la sequenza di metodi) da adottare: per le norme scritte l'interprete è libero di scegliere tra i diversi tipi di interpretazione. La prassi giudiziaria non prende le mosse dai metodi « dottrinali » di individuazione del diritto, ma « se ne serve unicamente per motivare, *lege artis*, la decisione più adatta secondo la sua comprensione del diritto e del fatto » ([24]). La chiave di ogni scelta metodologica va individuata, invece, secondo Esser, nella precomprensione del giudice; costui, posto di fronte alla necessità di trovare una soluzione, rivolge al testo, sulla base di un iniziale orientamento decisionale dato dalla precomprensione, delle domande. Se è vero, infatti, che il circolo ermeneutico presenta una struttura visibile costituita da domande e risposte che muovono dall'interprete al testo (norma e fatto) e viceversa, quel che è indubbiamente decisivo è il momento della domanda: « senza pre-giudizio sulla necessità di disciplina e sulla possibilità di soluzione, il linguaggio della norma non può assolutamente asserire ciò che gli si chiede: la

---

([21]) ENNECCERUS L. - NIPPERDEY G., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., Tübingen 1959; FROMMEL, *Die Rezeption*, cit., p. 9, 232.

([22]) FROMMEL, *Die Rezeption*, cit., p. 231.

([23]) ESSER, *Precomprensione*, cit., p. 1: « Complessivamente è risultato che la nostra metodologia accademica non rappresenta per il giudice nè un aiuto nè un controllo ».

([24]) ESSER, *ibidem*, p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giusta soluzione » ([25]). L'elemento motore nella ricerca della massima di decisione non è quindi il metodo, ma la precomprensione sul bisogno di regolamentazione del caso e sulla adattabilità della norma alla situazione conflittuale da decidere ([26]). La norma viene compresa dal giudice non per se stessa, ma per valutare se la sua *ratio* permetta o meno di trovare una soluzione plausibile e soddisfacente dal punto di vista della giustizia materiale ([27]). La decisione giudiziale non è il risultato di una deduzione logica a partire da una norma legale data, ma è il risultato di un'argomentazione dialettica in cui prevale la logica del ragionevole. Colui che applica il diritto e ricerca una soluzione generalizzabile, universalmente giusta, è circondato da un « orizzonte di aspettative », costituito da tutti i potenziali destinatari della decisione; egli si trova così a far da « mediatore » tra la coscienza sociale e la tradizione dogmatica dell'ordinamento ([28]). La giurisprudenza è per Esser una scienza pratica: la decisione trovata ha come punto di riferimento non solo la legge, ma anche la valutazione extralegale della sua giustizia-opportunità. Qui Esser accoglie *in toto* la tesi formulata da Gadamer, secondo la quale l'arte giudiziale è più *phronesis* che *techne* ([29]). La *phronesis* non è, infatti, un sapere formato di regole astratte, ma è un sapere strutturalmente determinato dalla situazione concreta; essa è la virtù della deliberazione prudente, nella quale opera non tanto la cogente dimostrabilità, propria della scienza, quanto la logica argomentativa della ragione concreta, quel *sensus communis* che si nutre non del vero ma del verosimile. Identificando l'ermeneutica giuridica con la filosofia pratica, Esser contribuisce così ad una rivalutazione della topica nei suoi legami con la prassi. La topica, intesa come la « tecnica del pensare problematicamente », come il modo di argomentare in base a punti di vista ragionevoli, probabili e opinabili, oltre che essere una forma classica di controllo razionale della precomprensione, è anche una tecnica di formazione del consenso sociale. Il tipo di consenso fornito dal metodo topico-problematico è di natura pragmatica: esso infatti mette in evidenza la funzione sociale di determinati schemi argomentativi (*topoi*) generalmente riconosciuti, i quali non possono essere dedotti meccanicamente dalla legge. Il termine « capacità di consenso » (*Konsensfähigkeit*) rappresenta, secondo l'analisi esseriana, da un lato, un'anticipazione ermeneutica su di un consenso vero, — per questo aspetto molto vicina alla teoria consensuale della verità di Habermas — dall'altro lato, la forza di persuasione degli argomenti plausibili, capaci cioè di raggiungere un'ampia schiera di *partners* ritenuti ragionevoli ([30]).

([25]) ESSER, *ibidem*, p. 133.
([26]) ESSER, *ibidem*, p. 135; FROMMEL, *ibidem*, p. 229.
([27]) ESSER, *ibidem*, p. 135.
([28]) ESSER, *ibidem*, p. 136; FROMMEL, *ibidem*, p. 232.
([29]) GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 43 ss., 365 ss.; ESSER, *ibidem*, p. 150 s.
([30]) ESSER, *ibidem*, p. 150; FROMMEL, *ibidem*, p. 211 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una volta che la rappresentazione anticipata del risultato sia data come inevitabile ed insopprimibile, occorre, sempre secondo Esser, acquisire una metodologia che garantisca le condizioni formali di razionalità delle scelte interpretative. Secondo una tale metodologia, le valutazioni dell'interprete dovrebbero essere assoggettate a due controlli di razionalità: *a*) il controllo di concordanza e di compatibilità con il sistema giuridico positivo (*Stimmigkeitskontrolle*); *b*) la rispondenza alle giustificate e ragionevoli attese sociali (*Richtigkeitskontrolle*) (31). Questa duplice istanza di controllo, giuridica e sociale, deve garantire l'« apertura » del sistema a valutazioni extrasistematiche, senza che queste vengano tuttavia elevate a tecnica autonoma delle motivazioni giuridiche, ma vengano accettate solo a condizione di essere integrate nella tradizione sistematica del diritto. Ciò significa che l'apparato concettuale dogmatico dev'essere perfezionato in modo da disporre il sistema ad accogliere le nuove possibilità di soluzione scoperte dal metodo topico-problematico. Così argomentando, Esser effettua un collegamento tra ermeneutica giuridica, pensiero sistematico e modo di pensare topico-problematico.

Raffrontando l'applicazione dei termini d'impronta gadameriana, quali « precomprensione », « attesa di significato » e « circolo ermeneutico » del comprendere presso Esser e Larenz, ne risulta — a giudizio della Frommel — che essi vi attribuiscono significati divergenti, ovvero li impiegano in differenti contesti teoretici (32). Ambedue gli autori intendono superare la concezione tradizionale della metodologia giuridica, non vogliono procedere secondo canoni positivistici e insistono nel sottolineare come l'applicazione del diritto comporti inevitabilmente un atto di valutazione autonoma da parte del giurista. Tuttavia, dietro queste dichiarazioni stereotipe si celano divergenti rappresentazioni sulla modalità dell'atto valutativo.

Larenz prende un atteggiamento quasi « contemplativo » verso lo « strumentario » giuridico. A lui non interessa tanto la funzione della decisione concreta dei casi, quanto piuttosto la funzione legittimatoria dei sistemi interni della giurisprudenza in quanto tali, e quindi relativamente separati dai conflitti sociali sottostanti. Sotto il profilo metodologico, questa concezione umanistica dell'ermeneutica viene ulteriormente consolidata dal rifiuto di far rientrare nozioni sociologiche nell'ambito della ricerca della massima di decisione.

Larenz collega la recezione dell'ermeneutica con una concezione tipologica già pienamente formulata, d'impronta neohegeliana, sottoposta in seguito a tutta una serie di modificazioni. La combinazione dell'ermeneutica giuridica con la concezione tipologica porta a compimento nel pensiero di Larenz una fase di crescente distacco dal neo-

---

(31) ESSER, *ibidem*, p. 13, 21; FROMMEL, *ibidem*, p. 126 s., 222 ss.
32) FROMMEL, *ibidem*, p. 231.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hegelismo; tuttavia la sua concezione « tipologica » continua ad essere basata su una dottrina del concetto « concreto » facente chiaro riferimento a Hegel ([33]). Salta subito agli occhi il forte rilievo dato al sistema « aperto » di principii giuridici generali, che sostituisce in tal modo la derivazione dei concetti giuridici dal concetto « concreto universale » di persona. Il sistema « aperto » (*offenes System*) costituito dai principii giuridici generali rappresenta il « nesso logico » delle leggi, al quale si volge l'« attesa di significato » (*Sinnerwartung*) all'inizio del processo di comprensione ([34]). Larenz vede quindi nella « attesa di significato » una ipotesi, che verrebbe confermata da un'interpretazione « riuscita ». Per « circolo ermeneutico » del comprendere egli intende la graduale chiarificazione del significato di una parola, di una proposizione giuridica e di un complesso di regole in relazione al « nesso logico » delle leggi.

In polemica con Esser, Larenz avverte che non bisogna convertire indebitamente la precomprensione, che è soltanto la base inevitabile ma provvisoria di ogni processo conoscitivo, in un concetto di metodo. La precomprensione possiede, secondo Larenz, solo un valore euristico; essa non dev'essere usata come guida che conduce l'interpretazione, attraverso la scelta dei metodi, verso un risultato già prestabilito dall'ideologia del giudice. La precomprensione ha solo valore descrittivo e non prescrittivo: utilizzarla in chiave normativa, ossia come misura per la valutazione della giustezza della soluzione prescelta, sarebbe « incompatibile con il vincolo alla legge e al diritto, imposto al giudice dalla nostra Costituzione » ([35]). Anche Gadamer — sempre a giudizio di Larenz — trascurerebbe la funzione di « criterio regolativo della norma ». Il giurista ricerca, secondo Larenz, la « obbligatorietà normativa del senso del comprendere », poichè, legittimamente, considera la norma il criterio secondo il quale egli deve decidere il caso. Occorre chiedersi — sottolinea Larenz — come ciò sia possibile se Gadamer esplicitamente pretende anche per l'interpretazione giuridica che un testo « deve venir compreso in ogni momento, ossia in ogni situazione concreta, in maniera nuova e diversa » ([36]). Un « criterio » richiede di essere applicato in uguale maniera a tutti i casi che devono essere misurati secondo esso, altrimenti l'idea della « uguale misura », un elemento fondamentale della giustizia, sarebbe pura illusione ([37]).

Il problema principale per l'operatore giuridico non è — rileva Larenz — la distanza temporale, bensì la distanza tra la necessaria

---

([33]) FROMMEL, *ibidem*, p. 57 ss., 233.
([34]) FROMMEL, *ibidem*, p. 233.
([35]) LARENZ, *Methodenlehre*, cit., p. 188.
([36]) LARENZ, *ibidem*, p. 191.
([37]) LARENZ, *ibidem*, p. 191.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

universalità della norma e la particolarità di ciascun caso concreto. Riuscire a superarla, ovvero a stabilire una mediazione, è l'obiettivo principale della concretizzazione della norma, che è « opera di integrazione produttiva del diritto » (38).

Riassumendo: pensiero orientato ai valori, concezione tipologica, sistema aperto di principii giuridici generali sono le categorie che caratterizzano gli assunti teoretici della *Methodenlehre* larenziana. Sistema aperto a valutazioni extralegali, che possono specificare la plausibilità della decisione; capacità di ottenere un consenso sui punti di vista valutativo-giuridici; progetti di soluzione innescati dal movimento anticipante della precomprensione, razionalizzati dal metodo topico-problematico e dalla costruzione dogmatica del sistema giuridico; connessione tra la problematica dell'ermeneutica e la filosofia pratica, e quindi un più realistico rapporto tra teoria e prassi giudiziaria sono gli assunti di base che caratterizzano il pensiero esseriano, così come è esposto in *Vorverständnis und Methodenwahl.*

4. L'accurata ricostruzione storica della recezione in campo giuridico delle proposte gadameriane compiuta dalla Frommel non contiene soverchie novità per chi a questi temi è già iniziato. La natura eminentemente espositiva e informativa dell'opera non lascia spazio per un'esauriente discussione teorica; d'altra parte il lavoro, per ammissione della stessa autrice, non persegue un ulteriore sviluppo delle tematiche ermeneutiche, meno ancora pretende di giungere a conclusioni perentorie che presumano di risolvere il problema, ma, oltre a precisare e ricostruire il pensiero ermeneutico dei due autori studiati, intende soprattutto mostrare che, grazie ai contributi fondamentali apportati dall'analisi ermeneutica, certi fenomeni della prassi giudiziaria, finora ritenuti incomprensibili e impenetrabili, trovano finalmente una precisa spiegazione. E infatti, la consapevolezza della libertà e della creatività della giurisprudenza rispetto alla legge, il rapporto inscindibile dell'interprete con l'oggetto della sua interpretazione, l'individuazione di un momento « applicativo » in ogni procedimento conoscitivo, la struttura peculiarmente « circolare » o, per meglio dire, a « spirale » del comprendere giuridico sono ormai considerate delle cognizioni irrinunciabili per ogni metodologia giuridica aggiornata, e tali da giustificare quindi la insostenibilità di una metodologia tradizionale, orientata secondo i canoni di Savigny e imprigionata nel modello dei tre livelli: *intelligere, explicare, applicare.*

Dalla severa critica condotta specialmente da Esser alla metodologia tradizionale, la Frommel ricava ulteriori argomenti per uno smantellamento radicale della « professione di fede » del positivismo

---

(38) LARENZ, *ibidem*, p. 191.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridico, che esista cioè un'interpretazione « pura », unica e avalutativa. Certo, con tutto ciò, l'analisi ermeneutica non ci dice niente, che non sia stato già da sempre in qualche modo messo in pratica: essa ci dice cosa *accade* nel concreto lavoro dei giuristi, non ci dice però cosa *dovrebbe accadere*. Il tentativo di attribuire all'ermeneutica una funzione normativa, la funzione cioè di sviluppare criteri direttivi e di desumere massime di decisione da osservare e da applicare, ha rappresentato indubbiamente un errore della recezione giuridica dell'ermeneutica filosofica (39).

Particolarmente qualificante è anche il modo in cui, nella esposizione della Frommel, risalta l'aspetto critico nei confronti della c.d. « autonomia della dommatica giuridica ». Si riconosce oggi che una metodologia giuridica che rifletta sulla prassi e si faccia consapevole della indeterminatezza dei confini tra sistema e problema, deve basarsi sulla complementarità e sulla interazione tra pensiero problematico e pensiero sistematico (40). Anche l'idea del « sistema » è mostrata come necessaria e legittima, ma allo stesso tempo non esclusiva. Viene propugnata, perciò, una concezione « flessibile » tanto della dogmatica come del sistema.

L'impressione conclusiva è — temo — che tutto questo sia giusto, ma generico e ormai sempre meno dotato di reale utilità per l'interprete. Da un lato, l'informatica giuridica esige analisi molto più precise, fino alla riduzione all'algoritmo, delle operazioni del giurista; dall'altro lato, la consapevolezza della valutatività della scienza giuridica esige la concreta esibizione di argomenti contenutistici capaci di fondare le scelte interpretative in termini di giustizia, esige cioè che si passi dai discorsi sui metodi ai discorsi sui risultati desiderabili, dalla ragione ermeneutica a un effettivo uso della ragione pratica in funzione normativa. Dopo tanto ripetere che certe cose non si possono comunque non fare, sarebbe forse ora di cominciare a farle, e a farle il meglio possibile (*).

GIOVANNI ORRÙ

---

(39) In questo senso MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, cit., p. 142.

(40) Il punto è efficacemente sottolineato da L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Iustitia*, (1974), p. 37 ss.

(*) Questa presentazione critica del lavoro della Frommel è stata ultimata prima che venissero pubblicati i due volumi di G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano 1984 e *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Geschichtliche Grundbegriffe - Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, hersgg. von Otto BRUNNER, Werner CONZE, Reinhart KOSELLECK, Band 1, A-D, Klett-Cotta, Stuttgart, 1972, Nachdruck 1979, XXVII+948 S.

I. Die Herausgeber gehören zu den angesehensten Historikern in Deutschland. Sie sind insbesondere mit Arbeiten zur Sozialgeschichte hervorgetreten. Als Autoren haben sie hervorragende Fachleute, bisweilen mehrere, für dasselbe Stichwort (für Adel, Anarchie, Bedürfnis und Demokratie) gewinnen können.

Vier des auf fünf Bände geplanten Lexikons sind inzwischen abgeschlossen. Das Lexikon konzentriert sich auf etwa 130 Termini in alphabetischer Reihenfolge. Die Darlegungen sind mindestens fünf Seiten lang (Autarkie); die längsten haben 80 (Demokratie), 90 (Bund) oder 100 Seiten (Aufklärung). Diese großzügige Disposition erlaubt umfassende und eindringliche Untersuchungen. Die meisten Artikel bringen in einer Einleitung die Antike, die kirchliche Tradition und das Mittelalter zur Sprache, entfalten im Hauptteil den Begriff in der Neuzeit und schließen mit einem Ausblick auf den Sprachgebrauch unserer Tage. Sie enthalten viele Zitate in aller wünschbaren Ausführlichkeit. Weiterführende Arbeiten werden durch das « Verzeichnis der benutzten Quellenreihen, Sammelwerke und Werkausgaben » (S. 925-929) und die « Bibliographie der Lexika, Wörterbücher und Nachschlagewerke » (S. 930-948) erheblich erleichtert werden.

Ein großer Teil der den Inhalt betreffenden Fragen findet schon in der Einleitung seine Antwort. Aus dieser werden wir als nächstes referieren (dazu sogleich unter II). Wie die Herausgeber und Autoren die ihnen gestellte Aufgabe gelöst haben, kann dann an Hand einiger Lesefrüchte gezeigt werden (dazu unter III). Ein paar persönliche Bemerkungen mögen unser Referat abschließen (unter IV).

II. In der « *Einleitung* » (S. XIII-XXVII) legt KOSELLECK Zweck, Methode, Quellen und Gliederung des Werkes dar. Die Herausgeber suchen nach den Leitbegriffen der geschichtlichen Bewegung, welche Strukturen und große Ereigniszusammenhänge erkennen lassen. Zu derartigen Begriffen zählen die Herausgeber zentrale Verfassungsbegriffe (wie Demokratie und Diktatur), Schlüsselworte der politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Organisation (etwa Brüderschaft und Bund), Selbstbenennungen entsprechender Wissenschaften, Leitbegriffe und Schlagworte politischer Bewegungen (Anarchismus, Antisemitismus), Bezeichnungen von Berufsgruppen und sozialen Schichtungen (Bürger, Bauer) und weitere theoretisch anspruchsvolle Begriffe (dazu werden Arbeit und Christentum zu rechnen sein). Das Lexikon soll der Information über den politischen und sozialen Bedeutungsraum dieser Zentralbegriffe dienen. Es hat die Erfassung der

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modernen Welt durch moderne Begriffe zum Thema, muß sich aber auf den Raum der deutschen Sprache, eingebettet in den europäischen Kontext, beschränken.

Als Begriff verstehen die Herausgeber ein Wort, das die Fülle eines politisch-sozialen Bedeutungszusammenhanges in sich vereinigt. Ein Begriff wird als Konzentrat vieler Bedeutungsgehalte verstanden. Er beinhaltet die Vielfalt geschichtlicher Erfahrung und eine Summe von Sachbezügen. Er ist nur der Interpretation, nicht aber der exakten Definition zugänglich.

Die in der Gegenwart verwandten Begriffe enthalten Erfahrungen und Theorien, welche von der Begriffsgeschichte aufgeschlüsselt werden sollen. Die Begriffsgeschichte bedient sich hierzu der Sach- und Ereignisgeschichte, der Wort- und Ideengeschichte, ohne aber mit ihnen identisch zu sein. Sie verweist auf den Strukturwandel der Geschichte und ist insofern ein Hilfsmittel für die Sozialwissenschaften; aber sie bleibt im Medium der Begriffe und gründet insofern auf ihrer eigenen Theorie.

Herausgeber und Autoren thematisieren insbesondere den Umwandlungsprozeß zur Moderne; sie wollen die Auflösung der alten und die Entstehung der modernen Welt beobachten. Seit der Mitte des 18. Jahrhunderts soll sich ein tiefgreifender Bedeutungswandel der klassischen Topoi vollzogen haben. Darum werden in dem Lexikon die griechische und römische Tradition, das Mittelalter, die Renaissance und Reformation nur soweit zitiert, wie die Wortgeschichte aus diesen Epochen herrührt. Besondere Aufmerksamkeit wird hingegen denjenigen Begriffen gewidmet, die Aufklärung, Revolution oder Industrialisierung selbst betreffen. Weiters werden solche Begriffe analysiert, die infolge der genannten Vorgänge in ihrer Bedeutung gemindert (Adel und Stand), gewandelt (Demokratie) oder die im wesentlichen neu gebildet wurden (Angestellter, Cäsarismus).

Dabei stellen die Herausgeber erstens eine Art « Demokratisierung » bei der Anwendung vieler Begriffe fest: Bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts sei die politische Terminologie auf die Spitzen der Aristokratie, auf Juristen und Gelehrte beschränkt gewesen; dann aber habe sich der Benutzerkreis sprunghaft vergrößert.

Zweitens wird eine « Verzeitlichung » der Bedeutungsinhalte beobachtet: die überkommenen Wörter (man denke an Brüderlichkeit oder Demokratie) werden im Gebrauch zunehmend mit Erwartungsvorstellungen verbunden, und die geschichtliche Zeit selbst wird in solchen Begriffen wie Fortschritt oder Revolution artikuliert.

Drittens finden die Herausgeber die « Ideologisierbarkeit » vieler Ausdrücke bemerkenswert: Die sozialen Gegebenheiten verlieren an Anschauungskraft. Aus den konkreten « Geschichten » wird dann die Geschichte an sich und aus den « Freiheiten ständischer Vorrechte » wird die allen gemeinsame Freiheit. Für derartige Kollektivsingulare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sei ihre Allgemeinheit und Mehrdeutigkeit charakteristisch; sie eigneten sich zu Leer- und Blindformeln und seien darum leicht zu ideologisieren. In derselben Zeit wachse die Chance, ja der Zwang zur Politisierung des Vokabulars.

Das Lexikon geht von der theoretischen Prämisse aus, daß sich die Geschichte in bestimmten Begriffen niederschlage. Die Begriffsgeschichte habe die Konvergenz von Begriff und Geschichte zum Thema, obwohl zwischen beiden Komponenten Spannung und nicht Identität herrsche.

Aber die Fortdauer desselben Wortes sei noch kein Indiz für das Gleichbleiben eines Sachverhaltes. In derselben Periode kann nämlich dasselbe Wort seine alte Bedeutung für einen entschwindenden Sachverhalt behalten und sich mit einem neuen Sinn für etwas Neues füllen. Ebenso müssen die unterschiedlichen Analysen aus verschiedenen Epochen diachronisch einander zugeordnet werden.

Quellen werden in allen Bereichen gesucht, wenn sie nur für die politisch-soziale Terminologie wichtig geworden sind. Die Schriften der Philosophen, Ökonomen und Juristen, der Theologen und Dichter werden ausgewertet. Benutzt wird außerdem alles Wortmaterial, das in den Alltag reicht, wie Zeitschriften, Behördenakten oder Briefe. Schließlich liegen jedem Artikel alle großen Wörterbücher der Vergangenheit zugrunde.

III. Die Länge, Auswahl und Zusammenfassung der Lesefrüchte ist — man möge das dem Rezensenten verzeihen — sehr subjektiv, läßt aber hoffentlich trotzdem den Inhalt der Artikel und die Methode der Bearbeiter genügend deutlich werden.

CHRISTIAN MEIER und WERNER CONZE eröffnen das Lexikon mit dem vorbildlichen Artikel über «*Adel, Aristokratie*» (S. 1-48). Genau, knapp und verständlich wird der Leser über die Verhältnisse in Griechenland und Rom unterrichtet. Ohne längeren Halt im Frühmittelalter wird man sodann mit der «substantiellen Konstanz des Adelsbegriffs bis zum 18. Jahrhundert» konfrontiert. Dabei sind die früh einsetzende Gliederungsvielfalt innerhalb des Adels und das wechselnde Maß seines Einsatzes im Kriegs- und Verwaltungsdienst auffällig. Die Äußerungen über die Selbstsicherheit des Adels, die ihm entgegengebrachte Anerkennung und die ihn treffende Kritik werden ebenso nachgezeichnet wie die Dialektik zwischen a-christlichem Geblütsadel und geblütslosem Christenadel. Die Verfassungsrechtslage wird stets mitbedacht. Die Adelskrise vor der Revolution und die Auseinandersetzungen über den Adel bis zum Vorabend des I. Weltkrieges werden angemessen erörtert.

Auch die Begriffe «*Anarchie, Anarchismus, Anarchist*» (S. 49-109) werden von CHRISTIAN MEIER in die Antike zurückgeführt und sodann von PETER CHRISTIAN LUDZ erörtert. In Griechenland bezeichnete

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anarchie den vorübergehenden Zustand ohne Befehlshaber oder Amtsträger. Die Anarchie wurde erst in der Staatsformenlehre des 16. und 17. Jahrhunderts als eine Form verfassungsmäßiger Herrschaft erfaßt und alsbald mit Despotie in Verbindung gebracht. Eine positive Wertung als Bezeichnung für ein politisches System und ihre Anhänger erfuhren diese Wörter um die Mitte des 19. Jahrhunderts. Der I. Internationale Anarchistenkongreß fand 1881 statt. Aber Marx und Engels bekämpften diese Bestrebungen als Spalter der sozialistischen Bewegung.

In erfreulichem Unterschied zu anderen geschichtlichen Nachschlagewerken haben die Herausgeber die « *Angestellten* » (S. 110-128) nicht vergessen und sie JÜRGEN KOCKA anvertraut. Das Wort bildete sich mit einer Bedeutung, die der des « Beamten » nahestand, zu Beginn des vorigen Jahrhunderts. Es erlaubte die bis in die Gegenwart wirkende Abgrenzung zum Lohnarbeiter. Die vor fast hundert Jahren getroffene Definition der Gewerbeordnung gilt weitgehend noch heute. 1911 fand das Sicherungsbedürfnis dieser Gruppe im Angestelltenversicherungsgesetz seine Befriedigung. « Das Recht der leitenden Angestellten im historisch-gesellschaftlichen Zusammenhang » (dazu W. Hromadka, München 1979) findet keine besondere Berücksichtigung.

Zeichen des Versuchs der Vergangenheitsbewältigung ist das Stichwort « *Antisemitismus* » (S. 129-153). Hierzu haben THOMAS NIPPERDEY und REINHARD RÜRUP einen der interessantesten Teile des Handbuchs verfaßt. Das Wort « Semiten » entstammt der theologisch-historischen Literatur des späten 18. Jahrhunderts, wurde in die Sprachwissenschaft eingeführt, dann in die Völkerkunde übernommen und seit der Mitte des 19. Jahrhunderts im allgemeinen Sprachgebrauch verwendet. Als halbwissenschaftliches Synonym für Jude wurde es mit den negativen Vorstellungen der Judenfeindschaft angefüllt, die sich seit Antike und Mittelalter angesammelt hatten. Gleichzeitig konzentrierte sich in dem Begriff die Fundamentalkritik an den Prinzipien und Erscheinungen der modernen Gesellschaft. Als 1879 die judenfeindliche Bewegung bedeutend anschwoll, wurde Antisemitismus als politisches Schlagwort greifbar. Von Berlin aus verbreiten sich schnell Wort und Bewegung über die deutschen Grenzen hinaus. Mitglieder gewisser Splitterparteien nannten sich selbst Antisemiten, wichtigere Träger des Antisemitismus waren einige der großen Studenten-, Landwirtschafts- und Gewerkschaftsverbände. Nach dem I. Weltkrieg machte Hitler den Juden zum wichtigsten Antisymbol, vermied aber den Ausdruck Antisemitismus, als er sein Programm in furchtbarer Weise der Endlösung zuführte.

WERNER CONZE, Mitherausgeber und fleißigster Mitautor, hat den grundlegenden Artikel über « *Arbeit* » (S. 154-215) verfaßt. Daß körperliche Arbeit in der Antike — trotz einzelnem Widerspruch — verachtet wurde, ist allgemein bekannt. Nur die jüdisch-christliche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Überlieferung versteht sie als Auftrag Gottes. Eine gewissermaßen bürgerliche Wertung der Arbeit kommt in der europäischen Stadt des hohen Mittelalters und im Merkantilismus des Fürstenstaates zum Tragen. Luther unterwirft den allgemeinen Christenstand der allgemeinen Pflicht zu arbeiten und stellt die Arbeit über das christliche Almosennehmen, die vita contemplativa der Geistlichkeit und die ritterlichen Beschäftigungen. Nach Hobbes formulierte Locke, daß die Arbeit den Dingen ihren Wert und den Menschen ihr Eigentum verleihe. Staatsrechtliche Anerkennung erhielt sie in der französischen Verfassung von 1791 und in der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen von 1793. In Deutschland war die Verbindung von Arbeit und Freiheit tonangebend und rief die Bauernbefreiung und die Gewerbefreiheit hervor. Auf die « romantisch-konservative Abwehr » gegen die Ökonomisierung der Arbeit folgte die Vorstellung von « Arbeit als Grundlage einer Gesellschaft der Gleichheit: Frühsozialismus, Junghegelianer, Marx ». Nach Marx sollen gerechter Gewinn, kürzere Arbeitszeit und menschenwürdige Arbeitsbedingungen die Arbeit zur « Selbstverwirklichung » werden lassen. Etwa seit der Wende zum 20. Jahrhundert entwickeln auch die Kirchen ein positives Verhältnis zur Arbeitswelt.

CONZE berichtet anschließend, daß der Begriff « *Arbeiter* » (S. 216-242) etwa seit 1830 mit der sozialen Frage verknüpft wurde. Lassalle hat ihn 1863 vom Bourgeois abgehoben, in den politischen Kampf gerufen, zum Träger einer Partei gemacht und ihm die Herrschaft über den Staat in Aussicht gestellt. Auf der anderen Seite entwickelte sich ein tatkräftiger « Unternehmer-Patriarchalismus ». Schulze-Delitzsch wollte die handarbeitenden Klassen auf das Niveau des Mittelstandes heben. Die Konservativen propagierten ein soziales Königtum. Die Kathedersozialisten setzten sich außerdem für die Gleichberechtigung ein. Diese wurde ihnen damals nicht zuletzt von den Liberalen vorenthalten. In den Kirchen verstärkte sich gegen Ende des vorigen Jahrhunderts die Tendenz zur Anerkennung eines demokratischen Arbeiterbegriffs. Weltkrieg und Nachkriegszeit bewirkten eine energische Demokratisierung. Wenig erfolgreich verlief dann Hitlers Werben um die Arbeiterschaft. - Neuestens: Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte, hersgg. v. H. Steindl (Ius Commune Sonderheft 20), Frankfurt 1984.

Auf die berühmte Frage, was ist « *Aufklärung* » (S. 243-342), antwortet HORST STUKE mit einem Exposé von hundert Seiten, das sich auch in ebensoviel Zeilen nicht zusammendrängen ließe. Denn zu keinem Zeitpunkt gab es eine übereinstimmende Interpretation. Aufklärung wurde gleichzeitig als Erkenntnis- und als Erziehungsbegriff verwendet, wurde mit einer progressiven Gesinnung verbunden oder von Freidenkerei und politischem Freisinn abgehoben, es gab Diskussionen über Bedingungen und Resultate, Nutzen und Schaden der

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Aufklärung. STUKE registriert all' diese Äußerungen mit Sorgfalt. Er stellt das reiche, differenzierte Material in einen Rahmen, den er einleitungsweise folgendermaßen umreißt: « Die im 18. Jahrhundert beginnende Geschichte des Begriffes ' Aufklärung ' ist im wesentlichen durch drei Momente bestimmt: 1. durch die Verdichtung und Verengung der allgemeinen Wortbedeutung sowohl zu einem historischen Epochenbegriff als auch zum Begriff der diese Epoche tragenden geistigen Bewegung sowie der aus ihr ableitbaren, sie prägenden und überdies selbständig weiterwirkenden Ideen; 2. durch das ungeschmälerte Fortbestehen und Weitergelten der ' ursprünglichen ', allgemeinen Wortbedeutung gegenüber dieser Spezialbedeutung, die im 19. und 20. Jahrhundert sogar noch zu einer erheblichen Ausdehnung des allgemeinen Anwendungsbereiches, d.h. zu Bedeutungserweiterungen, und zu einer produktiven Veränderung des Wortfeldes von ' Aufklärung ' führt; 3. durch die Substitution, Ergänzung oder Verdrängung des Aufklärungsbegriffs durch andere, oftmals schon vor dem Aufkommen dieses Begriffs gebräuchliche oder bekannte Begriffe (z.B. ' Kultur ', ' Bildung ', ' Zivilisation ', ' Wissenschaft ', ' Philosophie ', ' Erziehung '), die entweder über eine stärkere Integrationskraft und einen höheren Generalisationseffekt verfügen oder aus sonstigen Gründen bei der Bezeichnung gleicher oder ähnlicher Sachverhalte vorgezogen werden » (S. 243 f.).

HANS BOLDT behandelt das Feld von « *Ausnahmezustand, necessitas publica, Belagerungszustand, Kriegszustand, Staatsnotstand, Staatsnotrecht* » (S. 343-376). Diese und noch andere Begriffe werden seit dem Übergang in die Neuzeit bemüht, um hoheitliche Eingriffe in bestehende Rechtspositionen zu legitimieren. Ein wesentlicher Teil dieser Legitimationsbemühungen geht schon auf die Scholastik zurück. Die Eingriffe mochten anfangs zur Überwindung vorübergehender Notsituationen dienen. Sie wurden aber spätestens seit den Bürgerkriegen des 16./17. Jahrhunderts auch für grundsätzliche Gesellschafts- und Staatsreformen und für die allgemeine Wohlfahrtsförderung eingesetzt; in diesen Bereich gehört auch das Enteignungsrecht (dazu mit neueren Nachweisen: D. Grimm, Die Entwicklung des Enteignungsrechts unter dem Einfluß der Industrialisierung, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrundert, IV, Eigentum und industrielle Entwicklung etc., herausgegeben von H. Coing und W. Wilhelm, Frankfurt am Main, 1979, S. 121 ff.). - Den französischen Einrichtungen der lois d'exception und des état de siège wurden im 19. Jahrhundert entsprechende Instrumente in Deutschland nachgebildet. Nach 1848 wurde das Notverordnungsrecht des Monarchen fixiert. Ohne im einzelnen die positive Rechtslage darzulegen, geht BOLDT noch kurz auf die « ' Wiederkehr ' des Staatsnotrechts » im I. Weltkrieg, auf Carl Schmitts politische Theologie von 1922, « die moderne Diktatur » und den « gegenwärtigen Stand » ein.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

HANNAH RABE leitet den Begriff der « *Autarkie* » (S. 377-381) von Aristoteles her, erörtert den mittelalterlichen und neuzeitlichen Begriff der sufficientia, referiert die Diskussion um die Eigenversorgung der Nationen um 1900 und weist den geopolitischen Gebrauch des Wortes seit etwa 1930 auf.

HORST RABE erinnert an die Wurzeln der « Autorität » (S. 382-406) im römischen Recht. Dort konnte Augustus von sich sagen, er habe mehr auctoritas (Einfluß durch Ansehen) als andere gehabt, aber nicht über mehr potestas (institutionalisierte Zwangsgewalt) verfügt. Im Mittelalter schrieb der Papst sich selbst Autorität, dem Kaiser aber nur potestas zu. Die von Anfang an breite Skala von Bedeutungen kam bei den Staatsdenkern des 16. und 17. Jahrhunderts erneut zum Tragen. In der Aufklärung war der Widerspruch zwischen Autorität und Freiheit aufzuheben. Im 19. Jahrhundert wurde Autorität zu einem Leitbegriff der Konservativen. Engels schließlich meinte, daß die moderne Produktion nicht ohne Organisation, Organisation nicht ohne Autorität möglich sei.

In der von CONZE nachgezeichneten Entwicklung von « *Bauer, Bauernstand, Bauerntum* » (S. 407-439) bildet die Befreiung aus adeliger Untertänigkeit im 18./19. Jahrhundert einen besonders tiefen Einschnitt. Die Bauernbefreiung war eine Folge der französischen Revolution und der Ideen der Aufklärung, sie geschah aber auch in Erwartung höherer Wirtschaftsleistungen. Die Kameralisten des aufgeklärten Absolutismus, die Physiokraten und Adam Smith sahen in der Landwirtschaft eine wichtige Quelle für die Volkswirtschaft. Albrecht Thaer beschrieb die Landwirtschaft als ein Gewerbe, um Gewinn zu erzeugen. Seit dem Freiherrn von Stein besteht das Ziel, den Bauern ausreichende wirtschaftliche Mittel zu sichern, damit sie die politische Rolle des Staatsbürgers ausfüllen können. In der Mitte des 19. Jahrhunderts wurden Genossenschaften und Vereine gegründet, um den Bauernstand inmitten der industriell-kapitalistischen Entwicklung zu erhalten. Stets wurde den Bauern Naturkraft, Reinheit der Sitten und Treue zuerkannt. Sie standen im Ruf, die rüstigsten Verteidiger des Vaterlandes zu sein, und galten als konservativer Machtfaktor. Die Nationalsozialisten ergötzten sich an einer übersteigerten Blut- und Boden-Ideologie. Darauf erfolgten die weitgehende Entideologisierung in der Bundesrepublik und die Anerkennung der werktätigen Bauernschaft als einer Grundklasse der antifaschistisch-demokratischen Ordnung in der DDR.

Der schöne Artikel über das « *Bedürfnis* » (S. 440-489) von JOHANN BAPTIST MÜLLER und UTTA KIM-WAWRZINEK beginnt mit den Verwendungsbereichen in der Psychologie und Ökonomie. Es wird die Geschichte der alten Forderung, die vorhandenen Güter nach den Bedürfnissen aller zu verteilen, skizziert. Von jeher hörten die Menschen die Appelle, keinen über die Bedürfnisse hinausgehenden Luxus zu

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

treiben. Doch Merkantilismus, Aufklärung und Liberalismus begrüßten die Steigerung der Bedürfnisse. Engels erwartete 1847, daß in der Zukunft die Gesellschaft als solche die Industrieproduktion nach einem bestimmten Plan zur Befriedigung der Bedürfnisse aller leiten werde. Die Autoren legen ferner die Rolle des Bedürfnisses in den verschiedenen Wirtschaftstheorien bis hin zur Neuen Linken und bis zur Diskussion mit den Entwicklungsländern dar.

In seinem Artikel über den « *Beruf* » (S. 490-507) läßt CONZE erwartungsgemäß Luther ausführlich zu Wort kommen. Im Anschluß an die scholastische Tradition unterschied er zwar vocatio spiritualis und vocatio externa, bezog aber jetzt beide auf alle Christen. Der weltliche Beruf des Christenmenschen besteht darin, gehorsam als Instrument Gottes zu wirken, und zwar aus Liebe, nicht aus Eigensucht, weder auf Gewinn, noch auf Veränderung hin ausgerichtet. Erst nach Calvin folgten aus der Prädestinationslehre das Verlangen nach Erwählungsgewißheit, der Blick auf Erwählungszeichen im Berufserfolg und schließlich der « kapitalistische Geist » im Sinne Max Webers. CONZE erläutert die Bedeutung des « ' Berufs ' im christlichen Fürstenstaat »; er erörtert die « Berufung » und macht aufschlußreiche Beobachtungen über den « ' Berufsstand ' in Staat und Gesellschaft des Industriesystems »: Die Gesellschaft werde zwar neuerdings nach Berufen und nicht mehr nach Ständen gegliedert; doch zeige die neue Wortzusammensetzung, daß die neue Gliederung die Würde der alten übernehmen konnte. In Kontinuität der alten Landstände wurden während des ganzen 19. Jahrhunderts zahlreiche Vorschläge für berufsständische Vertretungen diskutiert.

RUDOLF VIERHAUS behandelt in höchst gebildeter Weise die « *Bildung* » (S. 508-551): Seit der Aufklärung herrscht die Auffassung, Bildung mache den Menschen besser und glücklicher. Hegel schreibt dem Menschen die Pflicht gegen sich selbst zu, sich zu bilden. In den ersten Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts setzt sich der neuhumanistische Bildungsbegriff durch und verdrängt die Vorstellungen der religiösen Bildung, der sittlichen Bildung und der « Bildung zur Industrie ». Sie wird in den überlieferten Zitaten kaum jemals als ein Mittel angesehen, um einen Beruf zu erreichen oder auszuüben. In der Mitte des vorigen Jahrhunderts wird Bildung mit Besitz gleichgesetzt und als Statuselement angesehen. Nur sehr vage hatte es schon 1780 geheißen, sie diene der Beförderung des Bürgerwohls, von der Zahl der Gebildeten hänge die Glückseligkeit der Gesellschaft ab. Aus dieser frühen Zeit stammen Gedanke und Wort der politischen Bildung. Der Gedanke, daß Bildung eine der Voraussetzungen für Verfassungsrechte und -einrichtungen wie Pressefreiheit, Geschworenengerichte und Wahlrecht sei, gehört zu den liberalen Grundüberzeugungen. Daher wurde 1847 das unveräußerliche Menschenrecht auf Bildung proklamiert. Um 1848 werden die Gedanken der Bildung, der Freiheit und Gleichheit miteinander

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verbunden. Die Einrichtung und Kontrolle von Bildungsanstalten wird oft dem Staat zugewiesen. Die Angst vor einer zu großen Zahl von Studierten ohne produktive Beschäftigung ist alt; Metternich sprach vom gebildeten Proletariat. Der Artikel klingt im wesentlichen mit Hinweisen auf den « Kulturpessimismus: Nietzsche, Lagarde » aus. « *Brüderlichkeit, Bruderschaft, Brüderschaft, Verbrüderung, Bruderliebe* » (S. 552-581) werden von WOLFGANG SCHIEDER bearbeitet. Die jüdische Sitte, die Glaubensgenossen als Brüder anzureden, wurde von den Christen übernommen. Seit dem frühen Mittelalter bildeten sich fraternitates zu gemeinsamer intensiver Religionsausübung. Hierauf gehen u.a. die geistlichen Ritterorden und die Zusammenschlüsse der Kaufleute und Handwerker zurück. Säkularisiert wurde der Begriff in der Zeremonie und Ideologie der Freimaurer. 1790 wurde die Formel « liberté, égalité, fraternité » geprägt. Dabei wurden der fraternité eine vereinigende Kraft, das Programm der Abschaffung politischer Rangunterschiede, die Ausbreitung der revolutionären Ideen, die Vereinigung der Revolutionäre und überhaupt derselbe Gehalt wie der République zugesprochen. Als das revolutionäre Frankreich durch die anderen europäischen Mächte eingedämmt worden war, nahmen die Monarchen Rußlands, Preußens und Österreichs die christliche fraternité für ihre Heilige Allianz in Anspruch. Aus dem egalitären und dem christlichen Gehalt zog die « Brüderlichkeit » die Kraft, in den Dreißigerjahren des vorigen Jahrhunderts zu einem Leitbegriff der sozialen Emanzipation des Proletariats zu werden und 1848 in der « Allgemeinen Deutschen Arbeiterverbrüderung » verschiedenartige Arbeitervereine aus ganz Deutschland zusammenzuschließen. Aber das von seinen Protagonisten erhoffte Zeitalter der Brüderlichkeit blieb unvollendet.

REINHART KOSELLECK, der Mitherausgeber des Lexikons, dem wir auch die Einleitung verdanken, schreibt über « *Bund, Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat* » (S. 582-671), ein für die deutsche Geschichte und Gegenwart bedeutungsvolles Begriffsfeld. Ein Bund setzt besonders enge Bindungen im religiösen, sittlichen, rechtlichen oder politischen Bereich voraus. Anthropologisch genommen ist das bündische Element für historische oder strukturale Fragen unentrinnbar. Noch die heutige Alltagssprache kennt den Bund mit Gott, den Ehebund, den Bundesstaat bis hin zum Völkerbund. Verfassungsgeschichtlich liegt ein früher Höhepunkt politischer Bundesorganisationen, damals « Einungen » genannt, im 13. bis 15. Jahrhundert. Doch erhielten sie nie die Anerkennung einer societas oder universitas. Luthers Bibelübersetzung verschaffte dem Wort « Bund » einen erheblichen Bedeutungszuwachs. Legitimiert durch den Glaubensschutz wurden die protestantische Union (1608) und die katholische Liga (1609) gegründet. Im Westfälischen Frieden von 1648 erhielten die Reichsstände jeder einzeln das Bündnisrecht. Die Rechtslage des Reiches wird jetzt zuneh-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mend reflektiert (dazu: Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert, herausgegeben von M. Stolleis, Frankfurt am Main, 1977). In den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts setzten sich die Termini Staatenbund und Bundesstaat durch. Der Deutsche Bund verstand sich als Völkerrechtlicher Verein. Die von ihm nicht erfüllten Forderungen nach Wirtschaftseinheit und Nationalrepräsentation wurden zuerst im Deutschen Zollverein, später im Norddeutschen Bund und im Deutschen Reich befriedigt. - Seit 1300 war die weitere Frage diskutiert worden, wie der Friede innerhalb der Christenheit oder der gesamten Staatenwelt gesichert werden könnte. 1795 äußerte sich Kant zum « ewigen Frieden » und prägte den Ausdruck « Völkerbund ».

MANFRED RIEDEL, der schon bei dem Begriff « Arbeit » mitgearbeitet hatte, widmet den Wörtern « *Bürger, Staatsbürger, Bürgertum* » (S. 672-725) einen wichtigen Artikel. Der gemeineuropäische Begriff ruht auf der griechischen Philosophie (Aristoteles), dem römischen Recht (civis Romanus), dem Christentum (Gottesbürgerschaft) und vor allem der mittelalterlichen Stadt (= Burg) mit ihren Kaufleuten und Handwerkern. Sie wurden als ein eigener Stand, wie Kleriker, Ritter und Bauern anerkannt. Voraussetzung für das Bürgerrecht bildete zumeist der Besitz von Grund und Haus. Noch Kant verlangte, daß der Bürger ein eigenes Vermögen oder einen Beruf haben müsse, und die Liberalen des 19. Jahrhunderts wollten die Teilhabe an den staatsbürgerlichen Rechten vom Vermögen abhängig machen: Dem entsprach (aber nicht im Reich) das Klassen- und Zensus-Wahlrecht. Die Ansätze für einen spezifisch neuzeitlichen Bürgerbegriff liefert die Staatslehre des 17. Jahrhunderts, besonders Bodin und Pufendorf, beginnend mit den Untertanen des Landesfürsten. Es kommt zum citoyen, der vom bourgeois unterschieden wird, der in Gemeinden und Volksversammlungen seine angemessene und rechtliche Stellung hat, sich in Vereinen, in der Presse und in Wahlen artikuliert, mit staatsbürgerlichen Freiheitsrechten ausgestattet ist und trotzdem im Wilhelminischen Reich die Rolle, Träger des Staates zu sein, verfehlt.

DIETER GROH'S Aufsatz über « *Cäsarismus, Napoleonismus, Bonapartismus, Führer, Chef, Imperialismus* » (S. 726-771) kreist im wesentlichen um Napoleon I. und Napoleon III., die häufig mit Cäsar und Cromwell in eine Reihe gestellt wurden. Tocqueville beschrieb als den Weg zum Cäsarismus die allgemeine Demokratisierung, die ihr entsprechende Zentralisierung, den damit verbundenen Wohlfahrtsstaat und die Despotie. Lassalle war der Ansicht, die Bourgeoisie habe nur aus Furcht vor dem Sozialismus und der drohenden proletarischen Revolution für Napoleon III. votiert. Der Napoleonismus stelle die extremste Klassenherrschaft der Bourgeoisie dar. Engels kommentierte 1866 die Einführung des allgemeinen Wahlrechts durch Bismarck mit den Worten, daß der Bonapartismus die wahre Religion der Bour-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

geoisie sei. Im Rahmen der Herrschaftssoziologie Max Webers handelt es sich um eine Art der charismatischen Herrschaft, um die plebiszitäre Demokratie. Dabei würde mit massendemagogischen Mitteln und direkter Volkswahl der Glaube an den Führerberuf des Gewählten bekundet. Zu den cäsaristischen Merkmalen gehöre ferner eine höchst rationale Herrschaftsorganisation, getragen von erstklassigen Beamten und Offizieren (aus jüngster Zeit: W. Leisner, Der Führer, Persönliche Gewalt - Staatsrettung oder Staatsdämmerung?, Berlin-München 1983).

TRUTZ RENDTORFF beginnt den Aufsatz über das « *Christentum* » (S. 772-814) mit jener religiösen Emanzipation, die den Kirchen die Befugnis bestreitet, allein zu bestimmen, was das Wesentliche der christlichen Religion sei. Man unterschied um 1780 öffentliche Religion und Privatreligion und konnte auf diese Weise gleichzeitig den Fortbestand der kirchlichen Institutionen und die Emanzipation rechtfertigen. Im Bemühen, die Einheit des Christentums wiederzugewinnen, wurden als Unterschiede zwischen den beiden großen Konfessionen Romanismus und Germanismus, Empfindsamkeit und Verstand, Gesetz und Freiheit, Dominanz der politischen oder der privaten Natur Christi genannt. In den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts wurde das Christentum gefeiert als das Prinzip des Fortschritts, als die Wurzel der Mannigfaltigkeit und als die Religion der Freiheit, der Gleichheit und der Einheit. Um dieselbe Zeit unternahmen Schleiermacher und Baader die ersten Schritte zu einer christlichen Gesellschaftskritik. In den Befreiungskriegen erhob sich eine mächtige nationalreligiöse Erweckungsbewegung. Danach folgten ausgedehnte Diskussionen um das vielfältige Verhältnis von Christentum und Staat.

In der Auseinandersetzung mit dem Sozialismus entstanden die « *christlich-soziale* » Bewegung und Partei (S. 815-820). Demselben Thema widmet ANNETTE KUHN ihren « *Exkurs* ». Im utopischen Sozialismus einerseits, in der romantischen Staatsauffassung Franz von Baaders andererseits wurde versucht, die beiden Begriffe miteinander zu verschmelzen. Die katholische Soziallehre setzt die Tradition fort, die Protestanten hatten zum Christlich-Sozialen eine zwiespältige Haltung.

Der Bedeutung des Themas « *Demokratie* » (S. 821-899) entsprechen der Umfang des Artikels, die gründliche Darlegung der antiken Grundlage und die Bearbeitung durch die fünf Autoren CONZE, KOSELLECK, HANS MAIER, CHRISTIAN MEIER und HANS LEO REIMANN. Das Wort, seit dem 5. Jahrhundert v. Chr. belegt, bedeutet im wesentlichen: Es besteht Gleichheit zwischen Arm und Reich. Alle (oder doch sehr viele) freien Männer sind politisch voll berechtigt, sind Staatsbürger. Es besteht Freiheit von der Herrschaft durch einen einzelnen oder durch eine kleine Gruppe. Die Regierenden werden durch das Los bestimmt, wechseln jährlich und sind rechenschaftspflichtig. Die wichtigsten Ent-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scheidungen trifft die Volksversammlung. Alle sind an ein geschriebenes Recht gebunden. In der guten Form der Demokratie, Politeia genannt, herrschen die Mittleren, als die besten Bürger. Wenn hingegen alle Freien, also auch die in der Mehrzahl befindlichen Armen, die oberste Gewalt ausüben, könne es zu der extremen Demokratie kommen, in der das Volk praktisch eine Willkürmacht ausübe und die Gesetze mißachtet. Bis zur französischen Revolution wurde der Ausdruck in der gelehrten Erörterung, aber nicht in Rechtsakten gebraucht. Kant sah sodann Gewaltenteilung, Repräsentativsystem und Herrschaft des Gesetzes als Zeichen der Republik, der einzig rechtmäßigen und bleibenden Verfassung an. Hardenberg suchte 1807, « demokratische Grundsätze in einer monarchischen Regierung » zur Geltung zu bringen. Der Brockhaus von 1840 erwähnte als das notwendige Ziel der demokratischen Entwicklung die vollständige materielle und soziale Gleichheit. Die Arbeiterbewegung wollte die politische Demokratie zu dem höheren Begriff der Sozialdemokratie erheben. Der Ausdruck christliche Demokratie schien in Deutschland in eine revolutionäre Richtung zu weisen und wurde darum gemieden. Nachdem Treitschke erklärt hatte, daß das Ideal der Gleichheit unerreichbar und daß das schon erreichte allgemeine und gleiche Stimmrecht unvernünftig sei, wurde im Kaiserreich sogar der Begriff der Demokratie weitgehend verdrängt. 1900 unternahm es Friedrich Naumann, « Demokratie und Kaisertum » wieder zu verbinden. Denn Demokratie sei der politische Ausdruck für die Bestrebungen der neudeutschen industriellen Masse. Daher konnten sich die Parteien des Jahres 1919 jeweils im Zeichen der Demokratie bilden. Dann drangen die Vorbehalte aus der Kaiserzeit gegenüber der Demokratie wieder an die Oberfläche. Nach dem Ende des Nationalsozialismus wurde der Demokratiebegriff in Deutschland mit den Werten der Freiheit und des Rechts erfüllt und in das Grundgesetz der Bundesrepublik aufgenommen.

Ernst Nolte hält fest, daß die Französische Revolution auch für das Wort « *Diktatur* » (S. 900-924) den Übergang aus der Literatur in die Sphäre von Politik und Recht eröffnet habe. Robespierre verteidigte sich vergebens gegen den Vorwurf, nach der Diktatur zu streben. Louis Bonaparte war für Lorenz von Stein wie für Karl Marx der erneute Anlaß, die Diktatur zu erörtern. Karl Marx verhieß 1852 die Diktatur des Proletariats, und Lenin verlangte von jedem Marxisten die Anerkennung dieses Ziels. Carl Schmitt beschreibt 1920 die kommissarische Diktatur, die der altrömischen entspricht, welche die bestehende Verfassung schützen soll. Dieser stellt er die souveräne Diktatur gegenüber, die mit der sullanischen vergleichbar ist, die den bisherigen gesellschaftlichen Zustand beseitigen soll. Seit 1945 kann das Wort annähernd alle Verfassungssituationen bezeichnen, die keine funktionierenden parlamentarischen Demokratien darstellen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

IV. Das vorangehende Referat über die einzelnen Stichworte des I. Bandes zeigt, daß dieses im deutschen Sprachraum einzig dastehende Werk höchsten Ansprüchen genügt. Der verdiente Erfolg läßt sich auch daran ablesen, daß der I. Band schon nach kurzer Zeit nachgedruckt werden mußte. Die Herausgeber haben hervorragende Mitarbeiter gewinnen können. Diese haben in den einzelnen Artikeln die Konzeption der Herausgeber in jeweils verschiedener, doch stets vorbildlicher Weise verwirklicht.

Die Konzeption, die Auswahl der Stichworte und die Art der Bearbeitung standen selbstverständlich unter den Beschränkungen, die jedem Verleger, Herausgeber und Autor bekannt sind. Wenn ein Arbeitsvorhaben so klar und rückhaltlos umschrieben wird wie in der Einleitung zu diesem Lexikon (s. oben II), dann ist es auch sofort offensichtlich, welche Probleme aus dem Forschungsbereich ausgeschlossen werden mußten: Schon aus der Bezeichnung des Lexikons folgt, daß es sich auf Grundbegriffe (dazu sogleich unter 1.) aus dem politisch-sozialen Bereich beschränkt (dazu unter 2.), und daß die Grenzen durch den deutschen Sprachraum (unter 3.), die neure Zeit (4.) und die Entwicklung der Sprache (5.) bestimmt sind. Dem Kritiker ist es nun ein leichtes, die damit unerfüllbaren Desiderata aufzuweisen:

1. Eine der inhaltlichen Beschränkungen, die sich die Herausgeber auferlegt haben, besteht in der Orientierung an Grundbegriffen, an Leitbegriffen, Schlüssel- oder Schlagwörtern. Die Konzentration auf derartige Begriffe muß zur Folge haben, daß für Wortzusammensetzungen, die etwa im Anschluß an das Wort Arbeit geradezu inflationär sind, so gut wie kein Raum ist.

Auch über die Auswahl der Stichworte wird man mit den Herausgebern kaum rechten können: Wenn etwa Autarkie, Autorität, Brüderlichkeit oder Cäsarismus heute weniger aktuell als vor ein, zwei Generationen erscheinen mögen, so können sie doch schon morgen wieder ins Scheinwerferlicht der tagespolitischen Diskussion treten. Ob nun für den Zweck und im Rahmen des Lexikons andere Worte wichtiger wären, kann der Benutzer schwer entscheiden. Das Lexikon verzichtet beispielsweise auf die Stichworte Abendland, Aktualität, Antike, Armut Atheismus, Automat, Autonomie, Denkmal und Dienst.

2. Die Ansiedlung im « politisch-sozialen » Feld läßt Wörter, die vorzugsweise philosophisches Interesse beanspruchen, außerhalb, zum Beispiel Alternative, Begriff, Bewegung, Bewußtsein, Dauer. Zu diesen Wörtern und übrigens auch zur Ergänzung der in unserem Lexikon erarbeiteten Kommentierungen mag man sich an das Historische Wörterbuch der Philosophie, herausgegeben von J. Ritter, Band I ff., Basel 1971 ff., wenden.

Nicht weniger exklusiv mußten die Herausgeber gegenüber der Rechtssprache sein. Absicht, Amt, Anwalt, Besitz, Beweis und Bil-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ligkeit sind deswegen nur im Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, herausgegeben von A. Erler und E. Kaufmann, Band I ff., Berlin 1971 ff., zu finden. Gute Information liefern bekanntlich auch der Novissimo Digesto Italiano und die Enciclopedia del Diritto. Besonders wichtig ist E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, 2. Auflage, Stuttgart 1967 ff., seitdem 6 Bände. Andererseits schließt unser Lexikon Lücken, die das Handwörterbuch zur Rechtsgeschichte bedauernswerterweise offengelassen hatte. Alle Stichwörter unseres Lexikons, mit Ausnahme von Adel, Bürger und zahlreichen Zusammensetzungen (zB zu Arbeit, Bauer und Bund), fehlen in jenem Handwörterbuch. Insofern ist die Ergänzung vollkommen gelungen. Auch die Sprache der Wirtschaft, zB das Wort Aktiengesellschaft, bleibt verständlicherweise aus geschlossen (s. beispielsweise: Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert, hersgg. v. N. Horn und J. Kocka, Göttingen 1979; W. Schubert, P. Hommelhoff, Hundert Jahre modernes Aktienrecht (Sonderheft 4, Zeitschr. f. Unternehmens- und Gesellschaftsrecht), Berlin 1985; Vom Gewerbe zum Unternehmen, hersgg. v. K. O. Scherner und D. Willoweit, Darmstadt 1982; G. Landwehr, Die Verfassung der Aktiengesellschaften, ZRG (Germ.) 99 (1982), S. 1 ff.).

Für den Rechtshistoriker ist es enttäuschend, daß für die rechtsgeschichtlich besonders wichtigen Stichworte wie Adel, Ausnahmezustand, Bund, Demokratie und Diktatur nicht in noch größerer Zahl Fachleute, die in der neueren Verfassungsrechtsgeschichte bekannt sind, gewonnen werden konnten.

Bisweilen möchte es fast so scheinen, als beobachte ein Autor gelegentlich eine ziemlich lässige Distanz zum eigentlich Rechtlichen, wenn er etwa zur auctoritas im römischen Recht die Vielfalt der technischen Bedeutungen kaum andeutet, die im Kleinen Pauly oder bei Kaser, Röm. Privatrecht, schnell auffindbaren Werke nicht auswertet und bei diesem Anlaß die Rezeption des römischen Rechts kurzerhand als eine der wesentlichen Ursachen für die « Rechtsfremdheit des deutschen Volkes in den neueren Jahrhunderten » bezeichnet. In dem vorzüglichen Artikel zum Stichwort Bauer finden die rechtliche Ausgestaltung der mittelalterlichen Grundherrschaft und später der Bauernbefreiung kaum Interesse. - Die Artikel über den Ausnahmezustand und den Bund sagen so gut wie nichts zum Verfassungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts. - Abgesehen von einem kaum bemerkbaren Hinweis werden in dem ausgezeichneten Artikel über den Bürger die Abgrenzung zum Ausländer und die Staatsangehörigkeit, wie sie seit 1791 und 1804 in Frankreich formuliert und danach allenthalben rezipiert worden sind, nicht erwähnt. Dazu aus neuerer Zeit etwa: Recueils de la Société Jean Bodin, vol. IX und X, L'étranger I und II, Bruxelles 1958; Università di Roma, Ricerca di Ateneo, 1982, Da Roma alla terza Roma, La nozione di « Romano » tra cittadinanza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e universalità. - Ein beachtenswerter Versuch, das Geflecht zwischen « Christentum » und den tragenden Institutionen der westlichen Welt zu durchleuchten, findet sich in den beiden Bänden: Christentum, Säkularisation und modernes Recht, herausgegeben von L. Lombardi Vallauri und G. Dilcher, Baden-Baden und Milano 1981. - Aber dann gibt es interessante juristische Hinweise auch an unerwarteter Stelle, zB anläßlich der Erörterung des Bedürfnisses als Legitimation für Rechtsakte.

3. Dem Titel des Werkes entsprechend mußten sich die Autoren auf die Sprache in « Deutschland » beschränken. Allerdings werden Deutschland und deutsch nicht unter den Stichworten aufgeführt. Hinsichtlich des europäischen Kontextes ist zu unterscheiden:

Die Bearbeiter geben stets gewissenhaft über die Übersetzungen Auskunft und halten fest, wie ausländische Worte in Deutschland übernommen wurden, zB bei Aufklärung, Ausnahmezustand, Brüderichkeit, Bürger und Cäsarismus. Die Wichtigkeit der Übersetzungsfrage wurde schon in der Einleitung des Lexikons hervorgehoben. Die Geschichte der Begriffe in der italienischen, französischen oder englischen Sprache bis zu dem Moment, wo sie in Deutschland auftauchten, oder die spätere Entwicklung der Begriffe im Ausland bleiben aber weitgehend ausgeblendet. Das ist gerade bei Worten wie Arbeiter, Aufklärung oder Christentum bedauerlich. Man vergißt zwar nicht mitzuteilen, wie deutsche Schriftsteller über die Lage der Bauern im Ausland geurteilt haben, aber man sagt nichts darüber, wie diese Lage tatsächlich war und wie die Diskussion über das Bauerntum im Ausland verlief.

Daß historisch-wortvergleichende Studien tatsächlich möglich sind, ergeben zwar die Beispiele in dem Band: Europäische Schlüsselwörter, herausgegeben vom sprachwissenschaftlichen Colloquium (Bonn), von J. Knoblauch u.a., Band II, Kurzmonographien I, Wörter im geistigen und sozialen Raum, mit Beiträgen von W. Gester u.a., München 1964. Aber diese Studien konnten bislang nur für ganz wenige Bereiche durchgeführt werden und zeigen außerdem, daß dabei häufig auf die hohen Qualitäten, die unser Lexikon auszeichnen, verzichtet werden müßte. Die Ausführungen zur Entwicklung innerhalb der deutschen Sprache sind in unserem Lexikon bereits so ausführlich, daß man geradezu erleichtert sein muß, nicht auch noch mit vergleichbarem Material für die Fremdsprachen versehen zu werden.

Der Benutzer nimmt mit Interesse zur Kenntnis, daß es für einige Begriffe nichts Deckungsgleiches im Ausland gibt, zB für Arbeit, Beruf oder Bildung. Man hätte nun auch gern gewußt, ob der Angestellte eine typisch deutsche Erscheinung ist oder ob er auch im Ausland eine besondere, etwa vom Arbeiter getrennte, Kategorie darstellt.

Besonders erfreulich ist es, wenn einige Bearbeiter trotzdem über die Grenze unserer Sprache hinausgeschaut und das Erschaute mitgeteilt

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

haben. So wird das Stichwort ' Anarchie ' in einen Rahmen gestellt, der Machiavelli in Italien und Emma Goldmann in den USA umspannt.

4. Die von den Herausgebern gezogenen zeitlichen Grenzen, einerseits im 18. Jahrhundert, andererseits um 1914, geben ebenfalls einen gewissen Anlaß zu Bedenken. Es besteht leicht die Gefahr, daß wichtige Informationen aus der Antike nicht weitergegeben werden. So wäre es zB mitteilenswert gewesen, daß die römische auctoritas mit augere (d.h. vermehren) zusammenhängt. Auch hier wird das Bedenken dadurch gemildert, daß viele Autoren die Grenze durchstoßen und die Forschung viel weiter durch den Beginn der Neuzeit und das Mittelalter hindurch in die Antike zurückgetrieben haben. Vor allem haben die Herausgeber selbst dem hervorragenden Kenner des Altertums, Christian Meier, die ausführliche Bearbeitung eines Teils der Stichworte Adel, Anarchie, und Demokratie anvertraut. Weitere Anregungen geben: F. Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, München 1934, und: Römische Wertbegriffe, hersgg. v. H. Oppermann, 3. Aufl., Darmstadt 1983. Die spärlichen Hinweise aus den früheren Jahrhunderten rufen dem Leser ins Bewußtsein zurück, wieviel wir außerdem der jüdischen und christlichen Religion, der Theologie, scholastischen Philosophie und dem kanonischen Recht verdanken. Vergleichbar eindringliche Untersuchungen zum frühen Mittelalter sind für das Lexikon offensichtlich nicht möglich gewesen.

Die an das Ende der Friedenszeit um 1914 gelegte zeitliche Grenze wird in den « Ausblicken » nur wenig überschritten. Aber das ebenfalls « historische » Wörterbuch der Philosophie bringt beispielsweise wichtige Abschnitte über die mit der « Bildung » verknüpften Probleme in den Zwanzigerjahren dieses Jahrhunderts, in der Nachkriegszeit und der Gegenwart. - In unserem Lexikon kann sich etwa NIPPERDEY, der den Antisemitismus erörtert, wesentliche Ausführungen zum Nationalsozialismus leisten. Auch der Artikel über das Bedürfnis endet nicht mit der Historischen Schule oder der Grenznutzenschule der Nationalökonomie, sondern führt noch über den Neoliberalismus hinaus bis in unsere Tage. Sicherlich ist es für Leser aller politischen Richtungen erfrischend, wenn einmal ein Autor sein historisches Gehäuse verläßt und in die Gegenwart tritt. So stellt BOLDT unser vor hundert Jahren ausgebildetes Verständnis des Ausnahmezustandes in Frage, konstatiert den viel aktuelleren Gebrauch der Worte Krise und Notstand und ruft engagiert dazu auf, durch dauernde planvolle Maßnahmen den jeweiligen status quo nicht zu konservieren, sondern zu überwinden.

Wegen dieser abschließenden Zeitgrenze können die Entwicklungen, die später in diesem Jahrhundert in Österreich und der Schweiz vor sich gegangen sind, kaum berücksichtigt werden.

Vor allem liegt es in der Konsequenz dieser zeitlichen Begrenzung daß die meisten Autoren auf die Definition der ihnen anvertrauten

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Stichworte verzichten. Gelegentlich wird ein Artikel, zB über den Beruf, mit einer Definition aus dem Brockhaus oder einem anderen neuen Nachschlagewerk eröffnet. In anderen Fällen ist eine Definition sicherlich fast unmöglich. So kam ein 1951 von mehreren hundert Wissenschaftlern durchgeführtes Unesco-Symposion zu dem Ergebnis, daß das Wort Demokratie das eigentliche Ideal so gut wie aller, bekanntlich höchst unterschiedlicher politischer und sozialer Organisationen bezeichnet.

5. Die inhaltliche Beschränkung auf die Sprache bedeutet eine Abwendung von Tatsachen und Ereignissen. Diese Beschränkung ist für den Leser am meisten fühlbar. Schon die Lektüre des — wie gesagt: vorbildlichen — ersten Artikels stillt nicht den Hunger des Wißbegierigen. Zwar wird er mit den Äußerungen der Theologen, Philosophen und Staatsrechtslehrer über den Adel geradezu überhäuft. Aber wieviele Adlige es eigentlich überall gab, wie ihre wirtschaftliche Situation war, welchen Anteil sie an der sich entfaltenden Kultur hatten, wie ihr Einsatz im Krieg erfolgte, für alle solche Fragen ist das Lexikon nicht zuständig. - Bei der Behandlung des Anarchismus werden die anarchistischen Bewegungen nur sehr knapp erwähnt. - Vor den Absichten der Herausgeber ist auch KOCKA zurückgewichen, als er seine eigenen Forschungsergebnisse über die wirtschaftliche Situation und politische Ausrichtung der Angestellten kaum gestreift hat. - Nur NIPPERDEY verbindet aufs glücklichste Wortforschung, Sozialgeschichte und politische Entwicklung in seinem Beitrag über den Antisemitismus. - Wenn man sich hier über die Bauern informiert, kann man nichts über die technische Ausrüstung, den Fruchtwechsel, die Züchtung von Tierrassen, die Menge der Erträge, die Zahl der Beschäftigten oder die Preisschwankungen erfahren. Die geradezu spannende Frage nach ihrem politischen Einfluß über Interessenverbände, Parteien und Ministerien, nach Steuern, Zöllen und Subventionen (über die sich schon Adam Smith lustig gemacht hat), bleibt ebenso unerwähnt. - Desgleichen verweigert der Artikel über die Bildung die Auskunft über Einzelheiten der Bildungspolitik, die in zahlreichen Verfassungs- und Gesetzestexten, Universitäts- und Schulgründungen ihren Niederschlag gefunden und sich in einer wachsenden Zahl stets höher qualifizierter Absolventen ausgewirkt hat. - Die Ablösung von den — kurz gesagt — Tatsachen mag dann dazu führen, daß im einzelnen einmal ein Artikel dem Leser als zu « philosophisch » erscheinen mag, oder daß sich ein Beitrag, zB derjenige über das Christentum, in eine für den nichtinformierten Benutzer unerwartete Richtung bewegt.

6. Alle vom Kritiker aufgezeigten Lücken vermögen die Vorzüge des Werkes nicht zu schmälern. Die Bearbeiter zählen zu den Spitzen des Faches. Die meisten von ihnen haben demselben Gegenstand, den sie in dem Lexikon bearbeiten, eigene Monographien gewidmet.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Außergewöhnlicher Fleiß, die Bewältigung eines riesigen Materials, größte Präzision in den Zitaten, scharfe Analysen der Texte und kräftige Synthesen der Ergebnisse zeichnen so gut wie alle Beiträge aus. Einige Verfasser ergänzen den ohnehin schon ausgiebigen Gebrauch der Sekundärliteratur durch eine gesonderte Literaturübersicht. Die Artikel sind klar gegliedert und oft durch Zwischenresümees weiter strukturiert. Für denjenigen Leser, der nicht Fachmann ist oder der die deutsche Sprache nur unvollkommen beherrscht, ist es außerdem wichtig, daß die Bearbeiter in ihrer Ausdrucksweise immer auf den Leser Rücksicht genommen haben.

Der Leser kann sich also von der Fülle der ihm so angenehm vorgelegten Erkenntnisse faszinieren lassen. Manchem anderen wird es so gehen wie dem Rezensenten: Sieht er anfangs die Wichtigkeit eines Stichwortes zB Bedürfnis nicht ein, so wird er dann von der Ausarbeitung geradezu gefesselt. Die Autoren stellen dem Leser immer wieder dieselben historischen Persönlichkeiten vor, die unsere Sprache, unser Denken und unser politisch-soziales Bewußtsein entwickelt haben: Wilhelm von Moerbeke, den bedeutenden Aristoteles-Übersetzer des 13. Jahrhunderts, Luther, Kant und Hegel, Rotteck-Welcker, Marx und Engels. Man wird an Zusammenhänge erinnert, die heute kaum mehr bekannt sind, zB zwischen Anarchie und Despotismus.

Distinktionen, die in der Vergangenheit ausgefeilt worden sind, schärfen das Urteilsvermögen, und fast vergessene Argumente aus zweieinhalb Jahrtausenden können das Denken und Handeln der Gegenwart beleben. Zu diesem reichen geistigen Vorrat gehört aber beispielsweise auch die gefährliche Scheidung in « wahr » und « falsch », zB in wahre und falsche Aufklärung, wahre und falsche Bedürfnisse, echte und falsche Bildung, echtes und herrschendes Christentum, reine oder beschränkte Demokratie. Die geläufigen Wertungen werden immer wieder in Frage gestellt, weil dasselbe Wort — zB Demokratie, Diktatur, Bedürfnis — bisweilen mit einer negativen, bisweilen mit einer positiven Wertung versehen worden ist.

Damit ist es also voll gelungen, Informationen über den politischen oder sozialen Bedeutungsraum eines Wortes zu liefern, die Umwandlung zur Moderne zu analysieren und die Kontrolle unseres gegenwärtigen Sprachgebrauchs zu ermöglichen.

HANS-PETER BENÖHR

Erk Volkmar HEYEN, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, 230 S.

1. In der deutschen Rechtsgeschichte läßt sich ein wachsendes Interesse an der Verwaltung beobachten. Hatte die Verwaltungs-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

geschichte lange Zeit nur als Annex der Verfassungsgeschichte existiert, so tritt sie seit kurzem zunehmend als eigenständiger Forschungsgegenstand in Erscheinung. Das Interesse ist freilich vollauf berechtigt, denn gerade in dem konstitutionell verspäteten Deutschland blieb die Verwaltung lange der maßgebliche Faktor für die politische und soziale Entwicklung. Anders als etwa in England war die Verwaltung in Deutschland voll ausgebildet, ehe sich der Verfassungsstaat durchsetzte, und anders als in Frankreich trat dieser nicht infolge einer bürgerlichen Machtübernahme ins Leben, sondern war das Werk der Verwaltung selbst, die mit Hilfe der Verfassung die Integration und Modernisierung der Staaten vorantrieb. Der Konstitutionalismus stellt die Verwaltung unter diesen Umständen nicht auf eine ganz neue Grundlage, sondern modifizierte nur ihre Wirkungsbedingungen, ohne sie aus ihrer dominierenden Position zu verdrängen.

Das neu entfachte Interesse an der Verwaltung rückt auch die zugehörigen Wissenschaften verstärkt ins Blickfeld. Diese traten lange vereint unter dem gemeinsamen Dach von Kameralistik, Staatszwecklehre, Verwaltungslehre, gesamten Staatswissenschaften auf, ehe der bürgerliche Rechtsstaat mit seiner Reduktion der Funktionen der Verwaltung und ihrer strikten Gesetzesbindung die Grundlage für die Ausdifferenzierung einer eigenständigen Verwaltungs*rechts*wissenschaft schuf. Dabei trat in Deutschland der bemerkenswerte Fall ein, daß Begründung und Höhepunkt der neuen Disziplin zusammenfielen. Das war das Verdienst eines überragenden Gelehrten, nämlich des 21 Jahre in Straßburg und danach 15 Jahre in Leipzig lehrenden Franken Otto Mayer (1846-1924). Von Mayers prägender Kraft zeugt noch die gegenwärtige Verwaltungsrechtswissenschaft, die in zentralen Punkten seiner Begrifflichkeit und Systematik verpflichtet bleibt. Darin unterscheidet sich Mayer von der anderen beherrschenden Figur des öffentlichen Rechts im Kaiserreich, seinem Straßburger Kollegen Paul Laband, dessen einst berühmtes Reichsstaatsrecht heute gerade als Exempel einer dem Gegenstand inadäquaten Behandlung gilt.

2. Über Otto Mayer sind nun binnen kurzer Zeit gleich zwei Monographien erschienen: 1981 die hier rezensierte Habilitationsschrift von Heyen, 1982 eine Dissertation von Alfons Hueber (« Otto Mayer », ebenfalls Duncker & Humblot Berlin). Keines der Werke widmet sich allerdings unmittelbar der verwaltungsrechtlichen Dogmatik Mayers. Beide untersuchen vielmehr deren Grundlagen, Hueber die methodologischen, Heyen die geistigen. Hinter den « geistigen Grundlagen » könnte man leicht einer jener Genealogien von Lehrmeinungen vermuten, wie sie lange Zeit als Ideengeschichte in der rechtshistorischen Forschung üblich waren. Indessen hat Heyen diese Art von Rechtsgeschichte nicht im Sinn. Er stellt der Wissenschaftsgeschichte vielmehr die Aufgabe, « den unbestreitbaren, aber höchst komplexen Zusammenhang von kognitiven und sozialen Normen einer Wissen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schaft stärker zu erhellen » (9). Es geht also durchaus um das Verhältnis von Wissenschaft und Gesellschaft. Die Gesellschaft wird aber nicht in eine determinierende Rolle gerückt, die sich in der Wissenschaft lediglich widerspiegelt. « Im Vordergrund bleibt das große Interesse an der unverwechselbaren Individualität und Kontingenz der Wissenschaftsentwicklung » (10). Als Voraussetzung dafür erscheinen Heyen « ideengeschichtliche Untersuchungen auf biographischer Grundlage » (10). Darin liegt freilich gegenüber dem anfänglichen Programm eine Verengung, die Heyen wohl bemerkt, angesichts des unzureichenden Erkenntnisstandes im Bereich der Verwaltungsgeschichte jedoch in Kauf zu nehmen bereit ist.

Heyen äußert sich deswegen umfassend zur Mayerschen Familiengeschichte und zu Mayers familiärer Sozialisation. Das geschieht vor allem in dem ersten Abschnitt des Buches « Der Einzelne und die Gemeinschaft », in dem Heyen über den ökonomischen, kulturellen, sozialen und politischen Hintergrund von Mayers Entwicklung, nicht ohne eine gewisse Betulichkeit, berichtet. Danach folgen Abschnitte zu Mayers Ansichten über den Staat, das Recht, den Rechtsstaat und schließlich über seine wissenschaftstheoretische Einstellung. Das abschließende Kapitel stellt den Anschluß an Mayers Hauptwerk, sein « Deutsches Verwaltungsrecht » (erstmals 1895/96, 2. Auflage 1914/17, 3. Auflage 1924) her. In diesen Abschnitten ändert sich die Arbeitsweise. Das Biographische tritt zurück, und Mayers Auffassungen werden stärker aus seinen Schriften erschlossen. Doch bleibt der biographische Grundzug insofern erhalten, als Heyen nicht nur die wissenschaftlichen Publikationen Mayers, sondern auch seine akademischen und politischen Reden, sein (unter dem Pseudonym Eduard Dupré veröffentlichtes) belletristisches Oeuvre und seine Briefe auswertet.

3. Zieht man ein Resümee aus Heyens Porträt, so tritt die Grundübereinstimmung Mayers mit seiner Epoche, dem Kaiserreich, als charakteristischer Zug hervor. Mayers Studienzeit fiel mit dem Beginn der Reichsgründung durch Bismarck zusammen. Seine berufliche Laufbahn endete im selben Jahr, in dem das Kaiserreich unterging. Mayer war nach Heyen (Hueber kommt gelegentlich zu einer abweichenden Einschätzung) liberal im nachmärzlichen Sinn, während sich sein Vater noch an der März-Revolution von 1848 beteiligt hatte. Kennzeichnend für den Liberalismus des letzten Jahrhundertdrittels ist seine politische Genügsamkeit, die auf die Ausweitung der Volksrechte oder gar die Herstellung von Volkssouveränität verzichtete. Preußens Vorrangstellung wurde auch von dem Süddeutschen Mayer akzeptiert, die Monarchie, selbst in der Gestalt ihres letzten Repräsentanten Wilhelms II., bejaht. Öffentliche Kritik an ihm berührte Mayer peinlich. Soziale Elemente, die aus der christlich-protestantischen Verwurzelung Mayers, vor allem aber aus seiner kommunalpolitischen Tätigkeit, sowohl in Straßburg als auch in Leipzig, hervorgingen,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modifizierten später die liberale Grundhaltung. Sein Einverständnis mit dem Kaiserreich hinderte aber den alten Mayer nicht, nach dem Sturz der Monarchie die neuen Verhältnisse zu akzeptieren und sich unter die Vernunftdemokraten zu zählen.

Das prinzipielle Einverständnis mit den politischen Verhältnissen bei gleichzeitiger Offenheit für Korrekturen kehrt auch in Mayers wissenschaftlichen Grundanschauungen wieder, um deren Erhellung es in dem Buch Heyens geht. Mayer ist in seiner Rechtswissenschaft ganz gegenwartsbestimmt. So wie Gerber sein Staatsrecht aus der historischen Zäsur zwischen dem alten patrimonialen und dem modernen anstaltlichen Staat entwickelt und jeden dogmatischen Rückgriff auf die ältere Staatsrechtslehre verworfen hatte, gründete Mayer seine Verwaltungsrechtslehre auf die historische Zäsur zwischen Polizeistaat und Rechtsstaat. Sein Ziel war die Vereinbarung von machtvoller Obrigkeit und bürgerlicher Freiheit, die er im Rechtsstaat und dort vor allem in dessen Formalqualitäten verwirklicht sah. Doch eignete Mayers dogmatischen Arbeiten ein undoktrinärer und entwicklungssensibler Grundzug, der sich aus seiner stets gepflegten Praxisbeziehung und seinem starken Wirklichkeitssinn ergab. Gerade darin hebt er sich spürbar von Laband ab. So erscheint es auch als eines der wichtigsten Ergebnisse der Arbeit, daß die verbreitete Annahme, Mayer sei der Vollstrecker des Gerber-Labandschen Positivismus im Bereich des Verwaltungsrechts, unhaltbar ist. Andernfalls wäre auch seine fortdauernde Wirkung in der Gegenwart schwer erklärbar. Das wird bei Hueber, dem es gerade um die methodologischen Aspekte geht, noch deutlicher als bei Heyen.

4. Insgesamt ergibt Heyens Werk wertvolle Ergänzungen und Korrekturen am Bild des Verwaltungsrechtlers Otto Mayer. Dabei handelt es sich freilich um Erkenntnisse über Mayers wissenschaftliches Werk, die nicht unbedingt auf die von Heyen empfohlene biographische Methode angewiesen sind. Sie lassen sich in allen wissenschaftsgeschichtlich relevanten Punkten auch aus dem Werk erschließen und werden durch das biographische Material nur abgerundet und koloriert. Insofern ist das biographische Vorgehen nicht überflüssig, wie sich ja auch keineswegs leugnen läßt, daß zwischen Herkunft, Erziehung und Lebenserfahrung einerseits und wissenschaftlichen Grundhaltungen, thematischen Optionen und inhaltlichen Positionen andererseits Beziehungen bestehen. Indessen hinterläßt Heyens Arbeit den Eindruck, daß der Weg von biographischen Daten zu wissenschaftlichen Lehrmeinungen über zahlreiche Zwischenstationen führt, auf denen jeweils zusätzliche Faktoren wirksam werden, so daß der Erklärungswert der Biographie schließlich gering bleibt. Viel mehr als eine höchst unbestimmte Disposition für gewisse Grundeinstellungen und Wirkungsrichtungen läßt sich kaum ermitteln. Die biographische

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Methode scheint nicht der Weg zu sein, die Wissenschaftsgeschichte spürbar voranzutreiben.

Begrenzt ist aber nicht nur der Erklärungswert der Biographie, sondern auch ihre Reichweite. Eine Reihe von wissenschaftsgeschichtlich wesentlichen Faktoren entgeht ihr zwangsläufig. Man kann sie unter dem Stichwort der sozialstrukturellen Rahmenbedingungen der Wissenschaftsentwicklung zusammenfassen. Wissenschaftsgeschichtlich erklärungsbedürftig erscheint ja vor allem, warum ausgerechnet gegen Ende des 19. Jahrhunderts ein wissenschaftliches System des Verwaltungsrechts entstehen konnte, welche Umstände die bis dahin praktizierte umfassende Verwaltungslehre um ihre Position brachten und etwa das monumentale Werk Lorenz von Steins schnell antiquiert erscheinen ließen, aus welchen Gründen das Mayersche System, das keineswegs unkritisch aufgenommen wurde, alsbald fast kanonische Geltung erlangen konnte etc. Herausragende intellektuelle Fähigkeiten, spezifisch juristisches Talent, gepaart mit Wirklichkeitssinn und Stilempfinden allein vermögen diese Wirkung nicht zu erklären. Fragen solcher Art müssen bei der von Heyen gewählten biographischen Methode notwendig offen bleiben. Heyen will sie freilich nicht ausschließen, sondern hält das von ihm entworfene Bild ausdrücklich für ergänzungsbedürftig. Dennoch liegt in der Option für den Beginn mit einer biographisch fundierten Ideengeschichte eine gewisse Vorentscheidung in der Sache. Sie scheint mir eine Vorentscheidung gegen die wichtigeren Fragen der Verwaltungsrechtsgeschichte zu sein.

DIETER GRIMM

Lorenzo ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1984 (*Arcana Imperii*, 7), pp. XII-320.

Non si renderebbe giustizia all'opera di Ornaghi se la si presentasse semplicemente come un'indagine di storia della cultura giuridica ed economica dell'Italia fascista, anche se indubbiamente la parte più cospicua delle fonti utilizzate ed il contesto storico-istituzionale rimandano ad un periodo della storia d'Italia compreso fra la crisi dell'età giolittiana ed il crollo del regime fascista. La motivazione che sospinge l'autore a 'leggere' le fonti (e che non resta certo una componente 'privata' ed esterna alla ricerca, divenendo al contrario una precisa 'domanda' rivolta ai testi indagati) va oltre infatti l'interesse ad una ricostruzione analitica dell'una o dell'altra disciplina in un contesto storico dato e fa emergere con molta chiarezza questioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teoriche che attraversano certo il contesto analizzato, ma conservano una loro vigente problematicità.

Un primo elemento d'interesse del lavoro di Ornaghi sta dunque, a mio avviso, proprio nel disegno complessivo dell'opera: nello stabilire cioè continui, non artificiosi contatti fra una 'teoria' (politologica, in questo caso) e una 'pratica' storiografica, senza che mai la teoria appesantisca la lettura dei testi o distragga dalla doverosa attenzione alla specificità delle fonti o viceversa la ricognizione ravvicinata di queste faccia perdere di vista lo spessore teorico dei problemi affrontati.

Un secondo elemento di interesse (e con questo ci avviciniamo già agli specifici contenuti dell'opera) è dato poi dalla scelta delle formazioni disciplinari alle quali i testi analizzati appartengono: testi di giuristi, da un lato, testi di economisti, dall'altro. Pur ricevendo questi ultimi un'attenzione prevalente (giustificata d'altronde dalla 'domanda' teorica dell'autore), non vengono certo trascurati i contributi dei primi. È evidente l'opportunità di tener presente congiuntamente sia l'una che l'altra tradizione disciplinare: se già in tutta la vicenda culturale dell'Italia post-unitaria i contatti fra giurisprudenza (o almeno alcuni settori di essa) e teoria economica sono stati tutt'altro che marginali (e occorrerebbe davvero decidersi a saperne qualcosa di più), nell'episodio del corporativismo fascista i rapporti fra le due discipline divengono non solo stretti, ma programmatici. Certo, non è sufficiente questa constatazione per imporre rispettivamente allo storico della cultura giuridica e allo storico delle teorie economiche nel fascismo una ricostruzione comunque complessiva delle due discipline, mantenendo esse una loro specifica e tradizionale definizione d'oggetto. Diviene invece decisamente opportuno interrogare congiuntamente l'economista e il giurista 'corporativista' quando la lettura dei loro testi è sollecitata (ed è il caso di Ornaghi) da una domanda teorica che li trova entrambi reattivi.

E veniamo alla 'domanda' fondamentale: «il problema dei rapporti ... fra l'unità (sempre più fittizia) di un potere politico-statale considerato ancora trascendente e la pluralità dei 'corpi' (e dei poteri) organizzati attorno a interessi sempre meno riducibili a interessi meramente 'economici' e 'sociali'» (p. 3). Il problema, così enunciato, è, per Ornaghi, specifico certo, nelle sue modalità di espressione, della contestualità storico-politica del fascismo, ma consustanziale, nella sua essenza, con lo Stato 'moderno': il problema della tensione fra uno Stato assunto come centro e un 'sociale' rappresentato come pluralità di gruppi ed interessi, fra uno Stato pensato come momento di trascendente unificazione della società e forme non più monocratiche ma policratiche di convivenza politica. Tanto da far intendere, sia pure con tutte le sfumature e le prudenze necessarie, che intorno alla tensione fra 'centro' statuale e pluralità 'decentrata' possa pre-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

figurarsi un modello di rappresentazione del politico-statuale di gran lunga antecedente al corporativismo fascista e certamente non esaurito in quest'ultimo.

Il fulcro del lavoro di Ornaghi resta comunque il corporativismo fascista. Più esattamente: il corporativismo fascista non è tanto l'oggetto di una ricostruzione che ambisca ad una descrittiva esaustività quanto il contesto nel quale verificare con precisione quel profilo (in ipotesi) generale dello Stato moderno che è il rapporto, appunto, fra 'corpi' e 'centro'; e quindi l'episodio, distinto ma confluente, dello sganciamento del politico dall'assorbente, esclusivo punto di riferimento statuale.

La risposta corporativistica ai problemi del rapporto fra 'centro' (politico-statuale) e 'centri' socialmente diffusi (quindi, in quel contesto, la strategia politico-culturale del fascismo nei riguardi della fin troppo nota 'crisi dello Stato') viene ordinata da Ornaghi intorno a due profili essenziali: la dissociazione fra politica ed economia, la separazione fra Stato e società.

Dal primo punto di vista, Ornaghi vede nel tentativo di costituzione di una nuova scienza economica valenze certo interne al campo teorico di quella disciplina, ma anche, in definitiva, istanze progettuali volte a «prefigurare un'organizzazione di poteri in grado di rimettere in moto simultaneamente (e in forma connessa) tanto le funzioni 'produttive' del mercato quanto i residui meccanismi 'politici' dello Stato» (pp. 31-32) — ed è proprio sul mancato raggiungimento di un siffatto obiettivo che a suo avviso si misura il fallimento delle proposte e degli esperimenti corporativistici.

Dal secondo punto di vista, il processo di superamento della distinzione fra Stato e società viene studiato da Ornaghi, sullo sfondo delle dinamiche economico-sociali indotte dalla prima guerra mondiale, attraverso la ricognizione di quell'analisi delle trasformazioni del sistema capitalistico che vedeva impegnati gli economisti, in primo piano, ma, necessariamente, anche i giuristi, nella misura in cui lo sforzo di comprensione delle vicende socio-economiche non poteva non far emergere anche un corrispondente problema istituzionale. L'esigenza comune al giurista come all'economista era insomma, a questo punto, quella di tematizzare e legittimare una presenza dello Stato, un suo intervento protagonistico, sfuggente ormai agli schemi tradizionali delle rispettive discipline. Resterebbe semmai da vedere, in seconda approssimazione, se la compresenza, nel campo teorico dell'economia e della giurisprudenza, dello stesso tema abbia poi avuto lo stesso effetto, sul piano di una crisi e di una ridefinizione del proprio oggetto, su entrambi le discipline o se piuttosto (ed è questa la mia impressione) non abbia indotto, per la giurisprudenza, più ad un aggiustamento di tiro che ad un radicale cambiamento di obiettivo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Resta invece perfettamente condivisa da giuristi come da economisti (e Ornaghi non manca di rilevarlo) la polemica contro i principali assunti antropologici e metodologici della cultura liberale: dalla concezione 'individualistica' del soggetto umano alla concezione 'atomistica' della società alla 'astrattezza' antistorica dell'economia marginalista così come del 'metodo giuridico' orlandiano. È anzi soffermandosi su quest'ultimo, e sul rifiuto di esso che i 'giuristi militanti' del fascismo ebbero più volte ad esprimere, che Ornaghi trova un primo punto di passaggio fra 'economia' e 'giurisprudenza' all'interno della progettualità corporativistica. Il secondo, e centrale, punto di passaggio è naturalmente il problema della rappresentanza (rifiuto della rappresentanza 'atomistica' e prefigurazione di una rappresentanza degli interessi organizzati) che Ornaghi situa in un arco di ascendenze culturali (italiane e non solo italiane) ampio ed articolato.

L'approdo naturale dell'argomentazione storico-teorica dell'autore è ovviamente il tentativo di una caratterizzazione unitaria e sintetica dello Stato corporativo; per meglio dire, della teoria che dello Stato corporativo ci hanno dato gli autori (economisti e giuristi) degli anni Venti e Trenta. La domanda che Ornaghi aveva impostato in apertura della sua indagine ruotava intorno a due profili distinti ma unitari della problematica vicenda dello Stato moderno: il difficile rapporto fra 'centro' e gruppi 'decentrati'; la (possibile, incoativa) distinzione fra lo Stato e il politico. È su entrambi i profili di questa domanda che il corporativismo ha dato, secondo Ornaghi, risposte diverse, corrispondenti a correnti (e a immagini di Stato) incompatibili: ad uno Stato rilegittimato come centro e principio di unità si contrapporrebbe un'ipotesi di 'Stato sindacale', di 'corporativismo integrale', di 'corporazione di corporazioni'. Certo è comunque che l'esito complessivo della nebulosa corporativistica, come Ornaghi indica con precisione, fu quello di riconquistare «alla sintesi statale ... quell'identificazione a cui invano sembrava essersi protesa l'intera vicenda dello Stato moderno: l'identificazione, appunto, fra il politico e lo statuale» (p. 218). Il *quid novi*, semmai, oltre il corporativismo, era rappresentato dal «processo che, in atto ormai da molto tempo, sarebbe continuato anche allorquando il 'sistema dei partiti' ... si sostituirà al partito unico: il processo cioè in virtù del quale il partito si autoqualificava contestualmente sia come la principale struttura di organizzazione e rappresentanza di interessi 'sociali' ... sia — e sempre di più — come il centro dell'effettivo potere 'politico' ...» (p. 276). Ed è proprio con questo tema che Ornaghi conclusivamente ricongiunge il versante storiografico della sua indagine con la complessa analisi del nostro presente.

PIETRO COSTA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Georg SCHMITZ, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1981, 331 pp. (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 6).

Le traduzioni italiane di Kelsen hanno ormai raggiunto la trentina di volumi, gli ultimi dei quali tendono a concentrarsi sul Kelsen politico o giurista costituzionale. Proprio nel 1981, anno in cui Georg Schmitz raccoglieva nel suo volume i progetti costituzionali inediti di Kelsen, in Italia venivano pubblicate due raccolte di saggi del Kelsen giuspubblicista. Dapprima *La giustizia costituzionale* (a cura di Carmelo Geraci. Premessa di Antonio La Pergola, Giuffrè, Milano 1981, XI-315 pp.) propose al lettore italiano otto scritti kelseniani, il cui tema è sintetizzato nel titolo di un saggio di Kelsen in polemica con Karl Schmitt: chi dev'essere il custode della costituzione? L'anno successivo vide la luce *Il primato del parlamento* (a cura di Carmelo Geraci. Presentazione di Paolo Petta, Giuffrè, Milano 1982, XXV-235 pp.), in cui l'orizzonte si allarga al tema dei rapporti tra diritto e democrazia. Si arricchisce così un dibattito che — sempre presente negli studi kelseniani in Italia — proprio nel 1981 aveva ripreso lena in concomitanza con la quarta edizione del fortunato volume *La democrazia*, ripubblicato dal Mulino. Basti qui ricordare soltanto l'ampio commento di Mauro Barberis, in cui vengono analizzati non soltanto i saggi del primo di questi volumi, ma anche alcuni aspetti del pensiero costituzionale kelseniano nei suoi rapporti con la dottrina costituzionale italiana (*Kelsen e la giustizia costituzionale*, « Materiali per una storia della cultura giuridica », XII, 1/1982, pp. 225-242).

È dunque grazie a questi studiosi che le dottrine politiche e costituzionalistiche di Kelsen continuano ad essere ben presenti nel dibattito culturale italiano. È invece a causa di Gabriele d'Annunzio che Hans Kelsen non entrò in prima persona (sia pur marginalmente) anche nella storia del diritto costituzionale italiano. Infatti nel 1919 — in concomitanza con l'attività di consulente costituzionale svolta da Kelsen a Vienna — la Libera città di Fiume volle affidargli la redazione anche della propria costituzione. Kelsen in un primo momento ritenne che si trattasse di uno scherzo e chiese al suo interlocutore se ne voleva una su misura o se si accontentava di una di quelle già pronte. Ma la richiesta era seria e ad essa seguì l'invio della documentazione che doveva consentire la stesura di quella costituzione. Poi non se ne parlò più, perchè nel frattempo D'Annunzio aveva occupato Fiume con i suoi legionari, preparandone il passaggio all'Italia (Métall, p. 47).

Questo episodio è una testimonianza eloquente della fama di cui Kelsen godeva come consulente giuridico negli anni successivi alla fine della prima guerra mondiale. Benchè non fosse mai stato iscritto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ad alcun partito, egli aveva stretti rapporti con influenti esponenti dell'austromarxismo, quali Max Adler, Otto Bauer e Karl Renner. Fu proprio quest'ultimo, divenuto presidente del governo provvisorio dopo la fine della guerra, a chiamare Hans Kelsen al proprio fianco, affinchè lo assistesse nella stesura della costituzione definitiva del nuovo Stato austriaco.

Nell'ottobre del 1918 Kelsen aveva lasciato il servizio militare e, subito dopo, aveva pubblicato nella socialdemocratica « Arbeiter-Zeitung » e nella « Neue Freie Presse » alcuni articoli sulle tecniche elettorali, in cui si ricollegava a temi già affrontati nel 1906 e nel 1907. L'unione tra Renner e Kelsen si manifestò nella pubblicazione delle leggi costituzionali austriache in un volume del 1919, di cui Renner scrisse l'introduzione e Kelsen curò il commento, più volte critico. Egli infatti non aveva partecipato alla redazione della costituzione provvisoria e non ne condivideva alcuni principî.

L'attività costituzionale di Kelsen presso la cancelleria si rivelò meno soggetta a vincoli politici di quanto potesse far supporre quella posizione. Karl Renner era interamente preso dai quasi insormontabili problemi concreti posti dalla creazione di una repubblica di dieci milioni di abitanti sulle rovine di un impero plurinazionale. In quel governo di coalizione, inoltre, i lavori costituzionali erano seguiti anche da un membro cristiano-sociale del governo, Michael Mayr, deputato di Innsbruck e professore di storia presso quell'università. Kelsen ne parla in questi termini in una lettera del 25 febbraio 1920: « Su richiesta del Partito Cristiano-sociale venne nominato un Segretario di Stato per i problemi costituzionali (il prof. Mayr dell'Università di Innsbruck), da cui io formalmente dipendevo. Egli tuttavia mi lasciò la più completa libertà. Era non un giurista, ma uno storico, e non aveva troppa dimestichezza con i problemi del diritto costituzionale » (p. 74). Il suo interesse per le questioni tecnico-giuridiche era quindi minimo, mentre la sua attenzione si concentrava comprensibilmente sui rapporti tra Stato e Chiesa e tra Chiesa e scuola. Kelsen si trovò così ad operare secondo alcuni principî politici generali, enunciati da Renner, con alcuni vincoli nell'ambito delle libertà individuali, richiesti dai cristiano-sociali. Di questi vincoli nei rapporti tra Stato e Chiesa tenne conto recependo nella costituzione definitiva i principî della legge asburgica del 1867 ed evitando così ogni collisione con i partiti dell'opposizione.

Le maggiori difficoltà tecniche nascevano dall'organizzazione della repubblica austriaca in Länder, secondo un'idea di Renner ancora da affinare in alcuni suoi aspetti concreti. Le tendenze centrifughe dei Länder si manifestarono chiaramente nel dibattito parlamentare sulla costituzione, al punto che — per renderne possibile l'approvazione — l'11 luglio 1920 venne costituito un comitato di esperti, composto da Kelsen, Fröhlich e Mannlicher, sotto la presidenza di Michael Mayr. Il 24 settembre questo comitato presentò alla Commissione costituente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presso il parlamento un rapporto, che venne approvato due giorni dopo dall'Assemblea Nazionale. Il 1° ottobre 1920 poteva così essere approvata la costituzione definitiva, la cui storia è tracciata dallo stesso Kelsen nel commento ad essa, pubblicato già nel medesimo anno.

Nella stesura dei progetti, Kelsen dovette rispettare gli accordi politici in tema di federalismo, di sistema elettorale e di diritti dei cittadini, ma fu libero di operare nelle parti più tecnicamente giuridiche del testo. La documentazione raccolta da Schmitz permette oggi di ritornare in forma più meditata sull'affermazione corrente, secondo cui Kelsen sarebbe il padre della costituzione austriaca del 1920. In primo luogo, questa paternità va limitata al solo aspetto culturale, poichè il padre politico di quella costituzione è sicuramente Karl Renner. In secondo luogo, è difficile ponderare l'apporto kelseniano rispetto a quello degli altri giuristi che cooperarono all'impresa. Manca per essi, infatti, uno studio esauriente come quello predisposto da Schmitz su Kelsen. È certo tuttavia che il peso culturale della figura di Kelsen non deve essere sottovalutato: l'episodio di Fiume, citato all'inizio di queste righe, dimostra come l'opinione pubblica vedesse in Kelsen il capofila dei giuristi che lavoravano alla nuova costituzione della nuova Austria.

In questo contesto è naturale chiedersi se ed in quale misura le teorie kelseniane siano penetrate nella costituzione del 1920, che ebbe una genesi quanto mai condizionata da eventi politici contingenti. Come è stato osservato non soltanto da Schmitz, ma anche da Oehlinger e da Pernthaler, la dottrina pura del diritto — con la sua concezione a gradi dell'ordinamento giuridico — è adatta a descrivere più uno Stato accentrato che uno Stato federale. E infatti Kelsen fu un fautore dello stato unitario non soltanto come consulente di Renner, ma anche per convinzione personale. Nel difficile problema della successione tra monarchia e repubblica, egli negava ogni rilevanza giuridica all'attività transitoria svolta dai Länder e tendeva a rafforzare il potere centrale a scapito di quello locale. Lo Stato federale gli sembrava « irrazionale » e « costoso » (p. 110) e non a caso, in tutti i pareri di questo periodo, egli parla di « Oberstaat » e non di « Bund ».

Esaminando l'opera legislativa svolta da Kelsen in quegli anni, sorprende oggi la grande duttilità di questo studioso, noto peraltro a tutti i teorici del diritto per il puntiglio spietato con cui soleva rettificare le opinioni dei suoi critici, allorchè partecipava ad un dibattito scientifico. Nella redazione del testo costituzionale, invece, si rivelò un perfetto consulente, capace di tener conto dei risultati dei dibattiti tra i partiti della coalizione governativa, ovvero delle discussioni tra i Länder (pur ritenuti « la più retriva istituzione della vecchia monarchia », p. 110) e il governo centrale. A questi temi politici seppe dare una rigorosa forma giuridica anche quando non coincidevano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con le sue opinioni scientifiche. Mi sembra tuttavia accettabile il prudente limite che Schmitz pone a questo contributo di Kelsen alla costituzione del 1920: « Benchè Hans Kelsen sia riuscito a formulare singole parti secondo le sue teorie giuridiche, la nascita della costituzione federale fu un evento non tanto teorico, quanto politico » (p. 112). I protagonisti di questo evento furono i politici, non i consulenti tecnici.

Le proposte kelseniane ebbero però un grande peso e vennero accettate in larga misura. L'innovazione maggiore introdotta da Kelsen riguarda senza dubbio la giurisdizione. La tradizione asburgica gli fece trovare un tribunale centrale amministrativo, che egli conservò di fatto invariato, e un Tribunale Imperiale, che egli trasformò invece in una vera e propria corte costituzionale: « la prima di questo tipo nella storia del diritto costituzionale » (Métall, p. 35). Di questa corte Kelsen venne nominato nel 1922 giudice a vita, ma già nel 1930 dovette allontanarsene. Le trasformazioni politiche che lo costrinsero a questo passo portarono Robert Musil (divenuto poi amico di Kelsen nell'esilio ginevrino) a scrivere il 6 febbraio 1930 queste parole nei suoi *Diari*: « Al posto dei celebri giuristi Kelsen e Layer è arrivato un professore cristiano-sociale. [...] Stamane pensavo alla necessità di fondare una lega contro la diffusione dell'idiozia ».

* * *

A grandi linee, questi sono gli eventi cui si riferiscono i documenti pubblicati e commentati da Georg Schmitz, nel sesto volume della collana édita dall'Istituto Hans Kelsen di Vienna. Su questi eventi era disponibile finora soltanto una documentazione ufficiale: testi costituzionali, dibattiti parlamentari o i commenti pubblicati dallo stesso Kelsen. Non era invece noto il materiale presentato dagli esperti al parlamento austriaco. Nel 1977 Schmitz ritrovò i progetti costituzionali kelseniani nel corso di ricerche presso l'Allgemeines Verwaltungsarchiv di Vienna. Un suo articolo, apparso sulla « Österreichische Juristen-Zeitung » nel febbraio del 1979, suggeriva di pubblicare questo materiale in forma tabellare, per rendere più evidenti le variazioni e le concordanze tra i vari testi. Il volume in esame costituisce la realizzazione di quel progetto.

Come avverte l'Autore nell'introduzione, « l'opera è un volume di fonti, che si propone di rendere accessibili al pubblico questi progetti di Hans Kelsen » (p. 9). Più che una storia costituzionale austriaca di quegli anni, quindi, il lettore deve attendersi una resa filologicamente accurata dei testi pubblicati ed un esauriente commento ad essi. L'Autore mantiene largamente queste promesse, offrendo un'opera di consultazione la cui importanza trascende la pura e semplice ricerca kelseniana. D'altra parte, la natura prevalentemente documentaria

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'opera rende difficile un'esposizione che non sia un sommario resoconto dei testi pubblicati.

Il volume si apre con un gruppo di 8 capitoli (pp. 11-112), in cui Schmitz traccia la storia degli eventi legati alla legislazione costituzionale austriaca tra il 1° ottobre 1918 (anno della fine della monarchia) e il 1° ottobre 1920, data dell'approvazione della costituzione definitiva. Punto di partenza è la costituzione provvisoria del 1918, con la quale la parte tedesca dello sconfitto Impero austro-ungarico passava dalla monarchia alla repubblica, in stretto parallelismo con la contemporanea proclamazione in Germania della repubblica di Weimar. A quest'ultima la nuova repubblica austriaca volle anzi unirsi, con una decisione che incentivò le tendenze centrifughe dei Länder austriaci e che venne poi annullata dalle potenze vincitrici.

Questi eventi costituiscono l'antefatto dell'intervento di Kelsen nel processo costituente austriaco, mentre le leggi del 14 marzo 1919 — cui Schmitz dedica il secondo capitolo — lo vedono agire come consulente del cancelliere Karl Renner. La costituzione provvisoria era già in vigore al momento dell'inizio dell'attività di Kelsen, ma restava da regolare giuridicamente il rapporto tra potere centrale e Länder, i quali aspiravano ad una sovranità analoga a quella che la costituzione federale svizzera accorda ai cantoni. Su questo tema esistevano differenze nei programmi politici dei socialdemocratici e dei cristiano-sociali. Le leggi del 14 marzo 1919 regolarono in modo nuovo le rappresentanze popolari ed i loro poteri, uscendo così dalla provvisorietà che aveva caratterizzato quegli anni di tempestosa transizione. Pure i Länder ricevettero nuove costituzioni. Si poneva ora il problema di dare una costituzione definitiva anche al potere centrale.

Il primo progetto costituzionale dei cristiano-sociali venne presentato il 14 maggio 1919 dal deputato Michael Mayr (Capitolo 3). Quasi contemporaneamente Renner — in procinto di lasciare Vienna per guidare la delegazione austriaca alla conferenza di pace di St. Germain — affidò a Kelsen il compito di redigere un progetto costituzionale di ispirazione socialdemocratica, tenendo presente questa direttiva politica: l'Austria doveva essere una repubblica parlamentare con una struttura federale saldamente ancorata nel potere centrale.

Kelsen preparò non uno, ma sei progetti, che tra la primavera e l'autunno del 1919 viaggiarono tra Vienna e St. Germain. Il primo progetto, redatto nell'estate del 1919, è il più aperto alle autonomie locali. In alcuni punti essenziali segue il modello svizzero, però non tanto quanto il progetto cristiano-sociale. Il secondo progetto di Kelsen si distingue dal primo per la strutturazione della materia, suddivisa non più in 131 articoli, bensì in 170. Inoltre viene rafforzato il legame dei Länder col potere centrale, probabilmente su espresso desiderio di Renner. Il terzo progetto mette a fuoco soprattutto la pariteticità tra Bundestag e Bundesrat. Il quarto progetto (per ragioni finora

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non chiarite) coincide con il primo e ritorna alla nozione di « Länder sovrani », omessa invece nel secondo e terzo progetto. Questa nozione ritorna anche nel quinto progetto, fortemente influenzato dalla costituzione tedesca dell'11 agosto 1919. Il sesto progetto, infine, venne elaborato per tenere conto degli accordi intercorsi tra i partiti politici nell'ottobre del 1919, nel formulare il programma della coalizione governativa.

Poichè il rapporto tra Länder e potere centrale era al centro della discussione, è comprensibile come anche i Länder si siano fatti promotori di progetti costituzionali: il capitolo 5 analizza, tra l'altro, i progetti del Tirolo e di Linz. Reagendo a questi stimoli, la Cancelleria nel febbraio 1920 elaborò al proprio interno un primo progetto costituzionale che, a causa di questa sua origine, prese il nome di « progetto privato Mayr » (da non confondere con il progetto dell'anno prima, analizzato nel capitolo 3). Quasi contemporaneamente venne elaborato un altro progetto, noto come « progetto Mayr ». Il primo di questi due è simile al secondo progetto di Kelsen; l'altro cerca invece una linea di compromesso tra il primo progetto kelseniano, aperto ai Länder, ed il terzo, più favorevole al potere centrale.

Schmitz analizza tanto i progetti dei Länder quanto quelli dei partiti dell'Assemblea Nazionale, cui dedica rispettivamente i capitoli 5 e 6. In questa sede è tuttavia opportuno limitare l'esposizione ai progetti di Kelsen e di Mayr, anche perchè di essi viene riprodotto il testo in forma tabellare.

* * *

Le prime cento pagine dell'opera, dense di dati e molto minuziose, presentano un quadro analitico della genesi e del contenuto dei vari progetti di costituzione. Questi ultimi vengono poi riprodotti in forma tabellare nella seconda parte dell'opera (pp. 113-310). L'estensione di questa parte si spiega tenendo conto del fatto che i progetti esaminati constano di più di 150 articoli ciascuno, ad eccezione del primo progetto di Kelsen, che è pur sempre di 131 articoli. L'accuratezza di questo strumento offerto allo studioso merita almeno una breve descrizione.

Ogni pagina è divisa in tre colonne e la comparazione si estende su due pagine adiacenti, consentendo così di confrontare sei progetti diversi con un unico colpo d'occhio. La prima colonna contiene il primo e il quarto progetto di Kelsen che, come si è detto, sono di fatto coincidenti; la seconda colonna contiene il secondo progetto di Kelsen; la terza colonna comprende il terzo e il sesto progetto di Kelsen, poichè il sesto è in larga misura tributario del terzo; la quarta colonna comprende il quinto progetto di Kelsen; la quinta colonna comprende il progetto privato di Mayr; la sesta colonna, infine, il pro-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

getto ufficiale di Mayr. Allorchè il testo dei progetti coincide, Schmitz si limita a riprodurre il primo progetto in ordine di tempo, affiancandogli dell'altro solo gli articoli che se ne discostano.

Questa disposizione grafica consente di confrontare i singoli articoli nei vari progetti di legge e rende particolarmente evidenti le modificazioni che le singole disposizioni hanno subìto nel corso del dibattito politico. Grazie ad una serie di rinvii è però possibile non perdere il contatto con la sequenza degli articoli all'interno del medesimo progetto. Grazie a questo accorgimento, la tabella è percorribile in senso sia orizzontale (confronto tra articoli di progetti diversi), sia verticale (sequenza degli articoli del medesimo progetto). Questa parte non è ovviamente appesantita da alcuna nota, poichè le necessarie informazioni storiche e politiche sono già state fornite con dovizia negli otto capitoli introduttivi.

Tre appendici completano la documentazione costituzionale fornita da questo volume. La prima riproduce il progetto della legge istitutiva della Corte costituzionale, preceduto dalle osservazioni di Kelsen sulla necessaria trasformazione del Tribunale imperiale. Le appendici 2 e 3 riproducono due articoli pubblicati nel 1920 dalla « Neue Freie Presse », l'uno sul progetto di costituzione federale predisposto dal parlamento tirolese, l'altro sul pre-progetto di costituzione austriaca.

Quest'ultimo articolo è oggi considerato la riscoperta di un testo kelseniano perduto e — anche se quest'attribuzione non è esplicita nel volume di Schmitz — Gabriele Stadlmayer Kuczko, autrice di un supplemento alle bibliografie kelseniane redatte da Métall, lo include tra i testi attribuibili a Kelsen, insieme ad una dozzina di altri saggi minori e traduzioni, tra cui figura pure un altro articolo anonimo di tema costituzionalistico pubblicato sulla « Neue Freie Presse » del 5 novembre 1913: *Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltunggerichtshof* (cfr. il volume *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Manz, Wien 1982, p. 216). L'autrice della bibliografia non menziona invece l'altro articolo tratto dalla medesima rivista e incluso nell'appendice 3 del volume di Schmitz.

Un appunto può forse essere mosso all'eccessivo uso delle abbreviazioni in questo volume. La descrizione minuta di eventi in cui le parti in causa sono sempre le medesime porta a ripetizioni, che Schmitz cerca di evitare ricorrendo a numerose abbreviazioni. La lettura ne risulta ostacolata, tuttavia questa faticosità non implica l'oscurità del testo: ricorrendo alla lista delle abbreviazioni con cui si apre l'opera, anche il lettore più estraneo alla storia costituzionale austriaca troverà la chiave per ogni sigla.

MARIO G. LOSANO

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di . . .

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIAN MARIO CAZZANIGA

UN DIBATTITO SULLE FORME STORICHE DI PROPRIETÀ

(A proposito di Paul LAFARGUE, *Origine ed evoluzione della proprietà*, Milano, ed. UNICOPLI, 1983. Con saggi introduttivi di E. Cantarella, V. Ferrari e A. Peregalli)

Dirigente autorevole del movimento operaio ed attivo pubblicista, Pablo Lafargue non sembra avere finora suscitato molto interesse fra gli storici del pensiero sociale ottocentesco, mancando a tutt'oggi un solo tentativo di biografia e bibliografia di questa figura di internazionalista, in verità più nota che conosciuta (1). Emissario del Consiglio Generale dell'AIT in Spagna negli anni della polemica con gli anarchici (2), genero di Marx, passato senza turbamenti attraverso la « crisi del marxismo » di fine secolo, Lafargue costituisce non solo la voce più autorevole della pubblicistica marxista nella letteratura politica francese del secondo Ottocento (3), ma anche una delle più

(1) È significativo che nella voce biografica più recente (cfr. *Dictionnaire Biographique du Mouvement Ouvrier Français*, t. XIII, Paris 1975, pp. 449-53) la premessa bibliografica dichiari: « En attendant l'étude qui lui sera un jour consacrée, contentons-nous aujourd'hui d'énumerer ... *ivi*, p. 452). Ad eccezione della appartenenza di Lafargue alla massoneria negli anni della Comune (cfr. ib., t. IX.2, p. 204, ad vocem *Thirifocq Louis*) la voce non contiene contributi nuovi, ma riprende il vecchio Ch. VÉRECQUE, *Dictionnaire du socialisme*, Giard & Brière, Paris 1911 (ad vocem *Lafargue Paul*, pp. 232-37). Questa voce, scritta quando Lafargue era vivo, contiene, in riferimento alle sue ascendenze mulatte, ebraiche e indio-caraibiche, la frase « Lafargue a donc dans les veines du sang de trois races opprimées », che è poi stata continuamente ripetuta (v. il necrologio turatiano: Ille Ego, *La Bella Morte*, in *Critica Sociale*, a. XXI, n. 23-24, pp. 373-74. « Ella il sangue del padre ... egli portava nelle vene il sangue di tre stirpi di oppressi » *ivi*, p. 373).

(2) V. *Die Erste Internationale*, Progress, Moskau 1981, t. II: *1870-76*, in particolare al cap. XIV: *die Internationale in Spanien. 1868-73*. È significativo che i brani delle lettere di Lafargue di questi anni (1871-72) a Marx ed Engels siano tratti da fondi inediti di archivio, a conferma di una assenza anche nella letteratura sovietica di lavori nuovi su Lafargue.

(3) « ... in Francia un uomo dell'ingegno e della cultura di Paul Lafargue, malgrado la sua stretta parentela con Karl Marx, si vide preferito, nella direzione teorica e pratica del partito, da un Guesde, illetterato e poco intelligente, ma in compenso valentissimo oratore ». R. MICHELS, *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna*, Il Mulino, Bologna 1966; « Lafargue was the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rispettate e diffuse, con Kautsky e Plechanov, in Italia, in Spagna e nei paesi slavi, in particolare per quanto concerne il decennio 1890-1900 (4).

Una rilettura di questi testi risulta oggi non priva di interesse da un duplice punto di vista.

Da una parte abbiamo opere di propaganda e di intervento politico immediato che, se costituiscono un contributo modesto sul piano teorico, su cui si appuntarono gli strali non sempre immotivati di Sorel e Croce, tuttavia ebbero una funzione efficace e di non breve periodo nel costituirsi di una « cultura socialista di massa » nel periodo della Seconda Internazionale, fenomeno importante su cui la storiografia sociale ha solo recentemente iniziato a misurarsi (5). Dall'altra abbiamo saggi di carattere sociologico, etno-antropologico e di critica letteraria, in cui emerge sia una maggiore originalità nell'uso delle fonti etnografiche ed antiquarie, sia una più ricca autonomia di ricerca e di giudizio, con spunti di lettura della storia assai meno economicistica di quanto non gli sia solitamente attribuito.

La storia del testo

La recente riedizione dell'*Origine ed evoluzione della proprietà* propone una occasione di verifica di questi filoni aperti di lettura, che può essere più attentamente sviluppata in riferimento ai lavori preparatori.

La storia del testo, che qui interessa per una più precisa collocazione nel dibattito contemporaneo, risulta in effetti assai laboriosa.

Tutta la produzione di Lafargue è costituita da articoli su periodici, spesso rielaborati nelle frequenti traduzioni (dovute in genere alla

---

Kautsky of French Socialism: the populariser and even vulgariser of Marx's doctrines ». J. P. MAYER, *Political Thought in France from the Revolution to the Fourth Republic*, Routledge & Kegan, London 1949².

(4) Nell'introdurre un suo intervento sul valore-lavoro la *Critica Sociale*, a. IV (1894), p. 317, lo definisce « dopo Engels il più autorevole interprete del pensiero di Marx »; per la presenza delle edizioni in italiano, notevole negli anni 1890-96, v. *infra* la nostra *appendice bibliografica*; sulla diffusione nei paesi slavi v. G. HAUPT, *L'internazionale socialista dalla Comune a Lenin*, Einaudi, Torino 1978, pp. 213 e 229-30 a n. 48.

Va rilevato come sia invece scarsa l'influenza sulla letteratura socialdemocratica tedesca, nonostante compaiano su *Die Neue Zeit* ben 49 suoi saggi (cfr. *Generalregister 1883-1902*, pp. 37-38, *1903-07*, p. 25 e *1908-12*, p. 22) e non manchino riconoscimenti nei suoi confronti da parte di studiosi come Kautsky e Mehring, v. *Ueber den historischen Materialismus* (appendice a *Die Lessing-Legende* nella prima ed. del 1893) in F. MEHRING, *Gesammelte Schriften*, Dietz, b. 13, Berlin 1961, p. 355).

(5) Cfr. H. J. STEINBERG, *Il socialismo tedesco da Bebel a Kautsky*, Editori Riuniti, Roma 1979 (v. in particolare a cap. VI: *Il mondo concettuale degli operai organizzati nella socialdemocrazia e nei liberi sindacati*, pp. 173-96 e, per un aggiornamento bibliografico, p. XVI n. 29).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

moglie Laura Marx per l'inglese, a Pasquale Martignetti per l'italiano ed a Bernstein o Kautsky per il tedesco), successivamente rifusi nella pubblicazione in volume, con integrazioni e rifacimenti non sempre facili da ricostruire.

I tentativi di Lafargue di pubblicare presso editori « borghesi », che gli consentissero una diversa e più ampia diffusione, non dovettero essere facili. In questo caso il testo, pubblicato presso Delagrave, contiene una premessa in cui l'editore dichiara di non condividere le tesi dell'autore e di avere ceduto alle richieste di pubblicazione solo a patto di pubblicare anche una confutazione di Y. Guyot (repubblicano liberista, già ministro dei Lavori Pubblici e noto polemista antisocialista), che in effetti appare nella prima parte del volume, a maggior tutela del lettore (6).

Il testo tuttavia era già apparso a Londra in edizione tedesca ed inglese, datato 1890 (7). Il rapporto fra queste tre edizioni presenta qualche margine di incertezza. Lafargue, nella corrispondenza con Engels, afferma di avere rimaneggiato e raddoppiato il testo tedesco per la nuova versione inglese (8). Nelle successive ristampe del testo

---

(6) *La propriété. Origine et évolution.* Thèse communiste par Paul Lafargue. Réfutation par Yves Guyot, Ch. Delagrave, Paris 1895. Il testo contiene la premessa di Delagrave (pp. I-XIII), quindi la confutazione di Guyot, che tuttavia sviluppa una polemica generale contro le teorie socialiste più che una critica puntuale del testo, infine il lavoro di Lafargue, con un nuovo frontespizio, titolo invertito (*Origine et évolution de la propriété*) e dedica ad Engels (pp. 299-530). Quest'ultimo commentava divertito nella lettera del 28 marzo 1895 a Laura: « Fra un giorno o due scriverò a Paul circa la sua metà del libro a due piazze. Ha uno strano compagno di letto! » in MEOC, L, p. 488.

Ma anche con la *Biblioteca di scienze sociali e politiche* dell'editore Sandron Lafargue non ebbe gran fortuna. Se gli riuscì di non ritrovarsi con Guyot, con cui pure Sandron aveva inaugurato la collana traducendone *La Tirannide socialista* (1894), si era invece ritrovato con Pareto nel commentare *Il Capitale* (1894) e si incontrava ora con le confutazioni del Loria (1896, pp. 1-55), che tenere non erano, anche se alla *Critica Sociale* riuscì di scrivere ecumenicamente che « Questa introduzione, che fa una critica simpatica del libro di Lafargue e riesce così ad integrarlo, è di per sè un lavoro interessantissimo, che renderà prezioso il volume anche a chi possedesse di già l'originale francese ... » in a. VI, n. 9 (19 maggio 1896), p. 144.

(7) *Die Entwickelung des Eigenthums,* German Cooperative Publishing co., London 1890 (b. XXXI della *Sozialdemokratische Bibliothek*) e *The Evolution of Property from Savagery to Civilisation,* S. Sonnenschein, London 1890. L'edizione tedesca sembra avere avuto una circolazione modesta, pur con una ristampa berlinese (*Die Entwicklung des Eigenthums.* Aus dem Franz. von E. Bernstein. Neue durchgeseh. Aufl., V. Vorwärts, Berlin 1893). L'edizione inglese conobbe invece un buon successo: dopo l'edizione del '90 (in realtà marzo 1891) ne uscì una seconda nel 1894 (Sonnenschein & Co. London - Ch. Scribner's Sons New York) ed altre tre con questi stessi editori nel 1901, 1905 e 1908, fino a quella Allen & Unwin (da cui Sonnenschein era stato assorbito), London 1921. Ne uscirono inoltre due edizioni a Chicago da C. H. Kerr (una 1910 e un'altra s.d.), una a Glasgow, Socialist Labor Party 1918, ed una a Calcutta, Bharati Library s.d.

(8) « J'ai remanié la brochure sur l'évolution de la propriété qu'a déjà publiée la Bibliothèque du *Sozialdemokrat*: je l'ai presque doublée. Laura est en train

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inglese la datazione della prima edizione è spostata al marzo 1891, datazione attendibile poiché ancora nel settembre 1890 Laura Marx risulta impegnata nella traduzione (9). Tuttavia le modifiche non risultano così ampie, né saranno rilevanti nell'edizione francese del 1895, per cui pure Lafargue parlerà di rimaneggiamento (10). Abbiamo infatti nelle tre versioni la stessa ripartizione in cinque capitoli e la stessa struttura espositiva, con un accresciuto apparato documentario, etnologico e medievistico, nelle edizioni inglese e francese, dove le fonti letterarie ed antiquarie spesso mutano, privilegiando le rispettive tradizioni nazionali.

Nella prefazione anonima all'edizione inglese (pp. V-VI) vi sono inoltre alcune imprecisioni, in quanto vi si afferma che il testo, già pubblicato nella *Sozialdemokratische Bibliothek* a Hottingen-Zurigo, deriva da articoli pubblicati su *La Nouvelle Revue* con lo pseudonimo di Fergus. In realtà la tipografia svizzera presso cui stampavano i socialdemocratici tedeschi, e da cui erano già uscite altre opere di Lafargue (11), era risultata inagibile dopo l'espulsione di Bernstein ed altri militanti, per cui la stampa era passata a Londra (12), dove appunto era apparsa la traduzione dell'*Origine della Proprietà* di Lafargue. D'altra parte su *La Nouvelle Revue* erano comparsi nel 1886-89 alcuni saggi che trattavano prevalentemente delle origini della famiglia (13), mentre solo nel 1890-91 usciranno i due articoli su *La proprietà primitiva* e *La proprietà feudale*, che corrispondono rispettivamente ai capi-

---

de la traduire en anglais ... » lettera del 24 agosto 1890 in Fr. Engels - Paul et Laura Lafargue, *Correspondance*, textes recueillis, annotés et présentés par E. Bottigelli, Editions Sociales, t. II (1887-90), Paris 1956, p. 406.

(9) « Laura travaille comme une négresse à la traduction de ma brochure sur la *Propriété*, qui est double de l'édition allemande: elle sera prête au commencement d'octobre ». Lettera del 19 settembre 1890, *ib.*, p. 414.

(10) « En ce moment je remanie mon *Evolution de la propriété* pour Carré qui ... veut imiter Sonnenschein ... » lettera del 2 novembre 1893, *ivi*, t. III, Paris 1959, p. 339. Il progetto presso questo editore socialista dovette sfumare rapidamente, in quanto pochi mesi dopo si aprono le trattative con Delagrave (cfr. MEOC, L, p. 307 e n. 306).

(11) *Der wirtschaftliche Materialismus nach den Anschauuen von Karl Marx*, Hottingen-Zürich, Volksbuchhandlung, 1886 (*Soz. Bib.* IX); *Das Recht aus Faulheit*, *ib.* 1887 (*Soz. Bib.* XIX). Questa seconda opera è la ristampa di una precedente edizione, tradotta da Bernstein (Hottingen-Zürich, Schweizerische Genossenschaftsbuchdruckerei, 1884).

(12) V. Fr. MEHRING, *Storia della socialdemocrazia tedesca*, Editori Riuniti, Roma 1974³, v. III, pp. 1266, 1352-53 e 1377; cfr. anche *Bibliographie der Schweizer Presse*, bearb. v. F. Blaser, Birkhaüser, t. II, Basel 1958, ad vocem *Sozialdemokrat* (*Zh*), p. 961.

(13) *Le Matriarcat. Etude sur les origines de la famille*, in *La Nouvelle Revue*, a. VIII, t. 39 (marzo-apr. 1886), pp. 301-36; *Les chansons et les cérémonies populaires du mariage. Etude sur les origines de la famille*, *ib.*, a. VIII, t. 43 (nov.-dic. 1886), pp. 315-46; *De l'adultère dans le présent et dans le passé*, *ib.*, a. XI, t. 56 (gen.-feb. 1889), pp. 783-816. Ad eccezione del primo, firmato P. Lafargue, questi ed altri articoli comparvero tutti con lo pseudonimo di Fergus.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

toli 2-3 e 4 del testo, peraltro con varianti nuove che non compariranno nemmeno nel testo francese del 1895 ([14]).

Va rilevato infine come questa prefazione contenga un riferimento polemico ad un articolo antirussoiano di Huxley, comparso nel gennaio 1890 sulla *Nineteenth Century* ([15]), e riporti gli annunci dell'uscita del testo tedesco sul *Fascio Operaio* del 27 luglio 1890 e sul *Sozialdemokrat* del 5 luglio 1890. La prefazione risulta dunque scritta nella seconda metà del 1890 e ispirata da Lafargue stesso, anche se restano inesattezze sulla successione delle diverse edizioni ([16]).

Questa ricostruzione porta a collocare la stesura del testo nella seconda metà degli anni '80, non senza numerosi aggiustamenti successivi.

Il rapporto con Engels

La datazione della stesura del testo interessa qui non tanto per scrupolo filologico, quanto per una più precisa collocazione storica dell'opera, che può essere meglio individuata in rapporto a tre questioni: il ruolo di Engels, la natura del dibattito generale sulle forme storiche di proprietà, la nascita di un filone marxista all'interno di questo dibattito.

La questione del matriarcato può essere un terreno utile per una prima verifica: si tratta di un dibattito presente nelle scienze sociali del tardo Ottocento, ripreso anche recentemente dalla antropologia radicale e del femminismo, ma in realtà assai poco studiato.

Fenomeni di matrilinearità e di matrilocalità sono già riportati nei resoconti di viaggi dei sec. XVI-XVIII, così come sono presenti nella storiografia e mitologia classica. Il dibattito ottocentesco opera dunque una riscoperta di costumi e tradizioni già noti ma che comportano, come per le forme di proprietà collettiva, un recepimento ed una ri-

---

([14]) *La propriété primitive. Recherches sur les origines de la propriété, ib.* a. XII, t. 62 (gen.-feb. 1890), pp. 526-47; *La propriété féodale, ib.*, a. XIII, t. 68 (gen.-feb. 1891).

([15]) V. anche *ib.*, p. 16. Lafargue cercò senza successo di pubblicare sulla stessa rivista un suo intervento a difesa dell'originaria proprietà collettiva, che comparve invece sulla *Nouvelle Revue* (*Rousseau et l'égalité. Réponse au professeur Huxley*, a. XII, t. 63, pp. 319-32). Uguale insuccesso ebbe il tentativo di ripubblicarlo sul mensile *Time* (cfr. lettera di Engels a Lafargue del 7 marzo 1890, MEOC, XLVIII, pp. 384-85).

([16]) Già nella lettera di Engels a Danielson del 4 luglio 1889 abbiamo notizia di un manoscritto da pubblicare sul *Severny Vestnik*, dove peraltro non comparve (« ... Lafargue mi ha inviato un articolo sullo sviluppo della proprietà che desidera farle pervenire ... » MEOC, XLVIII, p. 259). Le previsioni editoriali di Lafargue non erano sempre felici: ancora nella prefazione inglese si annunciano imminenti la traduzione italiana, che comparirà solo nel '96, e quella polacca, di cui non abbiamo trovato traccia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

flessione nuova, in rapporto al contesto ideologico e politico che caratterizza la cultura europea del tempo ([17]). È invece curioso rilevare come su questa questione la individuazione della paternità sia ... assai incerta.

Morgan individua due cause nel passaggio della trasmissione matrilineare a quella patrilineare: il nuovo ruolo maschile di allevatore di bestiame e il desiderio di trasmettere questo patrimonio ai figli ([18]). Nei capitoli dove utilizza materiale di prima mano Morgan non parla mai di matriarcato, salvo quando usa l'equivalente di ginecocrazia ma in riferimento ai lavori di Bachofen sulle antiche culture mediterranee ([19]). Nella analisi della famiglia irochese, pur rilevando ampie forme di autonomia delle donne, coglie come privilegiato il ruolo maschile ([20]).

In Marx il concetto di matriarcato è assente: solo nei suoi quaderni etnologici troviamo riportato il passo di Morgan in cui si cita Bachofen sulla ginecocrazia, senza commento da parte di Marx ([21]). Quando Engels nei primi mesi del 1884 scrive l'*Origine della Famiglia* ([22]) si

---

([17]) Cfr. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano 1977, pp. 8-15.

([18]) L. H. MORGAN, *La società antica. Le linee del progresso umano dallo stato selvaggio alla civiltà*, Feltrinelli, Milano 1974, pp. 268-70, 343-53 e 396-402. Il testo, abbastanza confuso su questo punto, ipotizza due fasi nel passaggio della trasmissione ereditaria alla gens paterna, una prima di tipo agnatizio ed una successiva più ristretta ai figli. Kovalevskij obietterà a ragione che finché la trasmissione dei beni è alla comunità, gentilizia o familiare, non si può parlare di successione nel senso proprio di delatio hereditatis (v. M. KOVALEWSKY, *Coutume contemporaine et loi ancienne. Droit coutumier ossétien éclairé par l'histoire comparée*, Larose, Paris 1893, p. 216).

([19]) *Ivi*, pp. 272-73.

([20]) « Tra gli Irochesi, che erano barbari di un elevato grado intellettuale ... si era giunti ad esigere la castità da parte della moglie, a cui in caso di trasgressione il marito poteva infliggere severe pene; ma egli non ammetteva l'obbligo reciproco » *ib.*, p. 344. Solo in un punto Morgan parla di ginecocrazia per gli irochesi (*ib.*, p. 421, n. 1), ma si tratta di un commento ad una lettera di A. Wright, peraltro assai poco probante.

([21]) *The Ethnological Notebooks of Karl Marx. Studies of Morgan, Phear, Maine, Lubbock*, transcribed and edited, with an *Introduction* by L. Krader, Van Gorcum, Assen 1974², pp. 235-36; v. anche pp. 116-17, dove sono riportati i passi di cui alla nota precedente.

([22]) *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats. Im Anschluss an L. H. Morgan's Forschungen*, Schweiz. Volksbuchhandlung, Hottingen-Zürich 1884. Ne uscirono due ristampe nel 1886 e 1889 ed infine una quarta edizione definitiva, con aggiunte importanti, datata 1892 (ma in realtà novembre 1891), tutte presso Dietz a Stuttgart. Per la storia del testo v. MEW, b. 21, n. 27, pp. 552-53 e L. KRADER, *Introduzione* a *Ethnological Notebooks* cit., pp. 6, 358-59 e soprattutto 387-90.

In Italia comparvero presto due edizioni, tradotte da Pasquale Martignetti: la prima nel 1885, rivista direttamente da Engels, presso De Gennaro a Benevento (cfr. K. MARX - Fr. ENGELS, *Corrispondenza con italiani. 1848-1895*, a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assume un compito difficile: ha di fronte a sé un lascito letterario di Marx che ritiene importante per la battaglia teorica e politica, ma conosce poco la letteratura sull'argomento ([23]), per cui ha scarso interesse salvo che per le forme protoeuropee, mentre si accinge a lavori ben più impegnativi come l'edizione postuma del *II Libro del Capitale*.

In effetti una lettura comparata dei testi mostra come Engels abbia riprodotto fedelmente gli appunti di Marx (che erano schede su Morgan, non una autonoma rielaborazione), con rare aggiunte in cui recupera Bachofen e con due sole parti originali: una sui Celti e sui Germani, in cui può utilizzare proprie ricerche di notevole livello ([24]), ed una, alla fine del capitolo sulla famiglia, che per la verità è una denuncia appassionata dell'oppressione della donna nella società borghese più che una pagina scientifica, ma che proprio per questo risulterà storicamente importante.

Ma sono proprio queste pagine famose in cui Engels parla di sconfitta *weltgeschichtlich* del sesso femminile ([25]) ecc... che, mentre hanno portato ad una vulgata della socialdemocrazia marxista ([26]), hanno

---

cura di G. Del Bo, Feltrinelli, Milano 1964, pp. 301-09) e la seconda nel 1901 presso la *Critica Sociale* a Milano, secondo il nuovo testo del '91 e con una importante prefazione di Bernstein.

([23]) « Ho dovuto leggere l'intera letteratura sul problema (cosa che, entre nous, non avevo fatto quando scrissi il libro — con una disinvoltura degna della mia giovane età) e con mia grande sorpresa scopro di avere indovinato abbastanza esattamente il contenuto di quei libri non letti ... Il mio disprezzo per l'intera banda — ad eccezione di Bachofen e Morgan — è considerevolmente aumentato ... » lettera a Laura del 13 giugno 1891, MEOC, IL, p. 117.

([24]) Fr. Engels, *Storia e lingua dei Germani*. A cura di P. Ramat, Editori Riuniti, Roma 1974. Si tratta di un manoscritto inedito, composto nel 1881-82 e pubblicato solo recentemente (in russo nel 1937 e nell'originale tedesco nel 1952). Da questi materiali è tratto lo scritto divulgativo *La marca*, che Engels pubblicò in appendice alla traduzione tedesca di *Socialisme utopique et socialisme scientifique* (*Die Entwicklung der Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft*, Hottingen-Zürich 1882). Sui Celti v. *Storia d'Irlanda*, in K. Marx - F. Engels, *L'Irlanda e la questione irlandese*, Roma-Mosca 1975, pp. 155-90. Anche questo inedito, composto nel 1869-70, è di recente pubblicazione (in russo nel 1948 e nei MEW nel 1962).

([25]) *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato. In rapporto alle indagini di L. H. Morgan*, Editori Riuniti, Roma 1963, p. 84. Va rilevato come *Mutterrecht* venga tradotto sempre, in questa ed altre versioni recenti, con *matriarcato* (*ivi*) o *diritto matriarcale* (*ib.*, p. 115), trasformandosi cioè in *Mutterherrschaft*, dove è evidente non trattarsi di svista generalizzata dei traduttori ma di effetto di una tradizione interpretativa consolidata. Una ricerca su questa evoluzione del lessico potrebbe essere interessante (il Robert ad esempio data al 1896 il primo uso di *Matriarcat*, mentre come abbiamo visto Lafargue lo utilizza già nel 1886).

([26]) « Le ricerche di Bachofen, Morgan e altri sembrano aver dimostrato che l'oppressione sociale della donna coincide con l'avvento della proprietà privata. La contraddizione, in seno alla famiglia, tra l'uomo in quanto possidente e la donna in quanto non possidente, divenne la base della dipendenza economica e della situazione sociale di defraudazione dei diritti del sesso femminile ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

invece soffocato le pagine precedenti, in cui troviamo tesi che non suffragano affatto il matriarcato.

Engels isola fin dalle epoche più antiche una funzione di amministrazione domestica della donna ([27]) distinta da quella maschile di procacciare alimenti, mentre avrebbe potuto trovare ampi esempi di funzioni femminili di raccolta, orticole e agricole nella letteratura etnologica. La fase del diritto materno non ha dunque basi economiche per l'egemonia femminile. Lo stesso lessico è significativo: mentre per la fase di diritto materno parla di prevalenza (*Vorherrschaft*) della donna, per la fase patriarcale parla di potere assoluto (*Alleinherrschaft*) dell'uomo ([28]).

Nel motivare la transizione recupera poi Bachofen: il passaggio dal matrimonio di gruppo al matrimonio di coppia è opera femminile, in quanto la donna sarebbe naturaliter monogama. Ma nel nuovo rapporto individualizzato di coppia, l'uomo — allevatore si identifica col bestiame — proprietà e desidera trasmetterlo ai figli, per cui si passa alla gens patriarcale (queste ultime tesi sono le stesse di Morgan).

La debolezza di queste argomentazioni è evidente, sul terreno scientifico come su quello politico. Ed è significativa la separazione di questi due livelli nella successiva storia culturale della socialdemocrazia marxista: nella produzione scientifica la tesi del matriarcato viene o ridimensionata e rivista, come in Cunow ([29]), o di fatto igno-

---

Così inizia il discorso tenuto da Clara Zetkin al congresso di Gotha del partito socialdemocratico tedesco il 16 ottobre 1896 (in *La questione femminile e la lotta al riformismo*, Mazzotta, Milano 1977[3], p. 81).

([27]) *Origine della famiglia* cit., pp. 82 e 190: l'affermazione che « nell'antica amministrazione comunistica ... l'amministrazione domestica affidata alle donne era un'industria di carattere pubblico ... » (*ib.*, pp. 100-01) non modifica la sostnaza della tesi.

([28]) *Ib.*, pp. 76 e 84 (MEW, b. 21, pp. 54 e 61).

([29]) Heinrich W. K. Cunow è senza dubbio la voce più autorevole nel dibattito della socialdemocrazia tedesca sulle forme primitive di organizzazione sociale, anche per i suoi contributi specialistici che vediamo circolare nella letteratura internazionale etnografica. Fra i suoi numerosi interventi sulla *Neue Zeit* di fine secolo abbiamo: *Die sozialen Institutionen des alten Peru*, a. VII (1889), pp. 19-25 e 57-62; *Die Verwandtschafts- Organisationen der Australneger*, a. XII b. 2 (1894), pp. 100-110; *Die soziale Verfassung des Inkareichs*, a. XIV b. 2 (1896), pp. 75-81. Di maggiore importanza per il dibattito è poi una lunga recensione a Grosse, in cui distinguendo fra matrilinearità e matriarcato, esclude per le popolazioni australiane e sudamericane, su cui aveva lavorato, l'esistenza di forme matriarcali. Il saggio ha tuttavia obiettivi teorici più ampi, volti ad individuare i fattori climatici ed economici alla base delle forme storiche di famiglia e delle diverse fasi di transizione (v. *Die ökonomischen Grundlagen der Mutterherrschaft*, a. XVI (1898), pp. 106-18, 133-41, 176-82, 204-09, 237-42. Nello stesso anno ne uscì una traduzione sul *Devenir Social*).

Successivamente Cunow sostenne una divisione, nella prima fase agricola, fra monopolio femminile dell'artigianato e della produzione vegetale ed uno maschile della produzione animale. Nel complesso forme di parziale matriarcato a egemonia produttiva femminile non vengono rifiutate, ma il vero obiettivo polemico è il passaggio al patriarcato nello schema di Morgan ed Engels, che Cunow

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rata, come in R. Luxemburg ([30]); nella propaganda politica invece il matriarcato come comunità di pace e di solidarietà sociale diventa un anello importante della filosofia della storia che anima la cultura socialista di massa, in quanto esperienza passata che anticipa e sostiene la società futura.

I padri di questa operazione non sono difficili da identificare: sono August Bebel e Pablo Lafargue.

La donna e il socialismo di Bebel è il testo più popolare sull'argomento, un'opera dalla diffusione sorprendente, che ne fa per alcuni decenni il libro più stampato e certamente più letto fra le masse operaie ([31]). Tuttavia mentre Bebel sul terreno delle forme storiche di proprietà e famiglia si limita ad un'opera di divulgazione ([32]), interessato piuttosto ad una analisi sociale della condizione femminile nel presente, che riscriverà e aggiornerà tenacemente più volte, Lafargue compie uno sforzo di lettura autonoma delle fonti etnografiche e letterarie, confrontandosi con la letteratura giuridica e antropologica, anche se disperderà questo lavoro in una molteplicità di interventi su riviste.

La fase matriarcale risulta fondata anzitutto sul lavoro agricolo femminile, da cui il possesso della casa e della terra ([33]). In una situazione di clan collettivistico, con famiglia matrilocale poligama ([34]),

---

vede privo di fondamenti materialistici, cui oppone peraltro un pesante determinismo geoclimatico (v. *Die Marxsche Geschichts- Gesellschafts- und Staatstheorie. Grundzüge der Marxschen Soziologie,* J. H. W. Dietz, t. II, Berlin 1923[4], pp. 125-29 e 138-42).

([30]) È significativo che nel manoscritto incompiuto delle sue lezioni alla scuola di partito, steso verso il 1907-11 e pubblicato postumo nel 1925, l'ampia parte dedicata alle forme sociali primitive affronti la questione del matriarcato solo in un passo polemico contro Grosse, che analizza i rapporti clanici con categorie tipiche del rapporto moderno di coppia (v. R. LUXEMBURG, *Einführung in die Nationalökonomie,* in *Ausgewählte Reden und Schriften,* Dietz, Berlin 1951, b. I, pp. 540-43).

([31]) *Die Frau und der Sozialismus,* Schw. Buchhandlung, Hottingen-Zürich 1879. Il numero delle edizioni, anche nel periodo delle leggi eccezionali, è significativo: ne uscirono altre sei a Hottingen (a partire dalla seconda, 1883, col nuovo titolo *Die Frau in der Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*) ed una a Londra (German Cooperative Print., 1890). La nona edizione riprese definitivamente il titolo originario, con il secondo come sottotitolo (J. H. W. Dietz, Stuttgart 1891) fino alla 50ª nel 1910. Anche in Italia la diffusione fu notevole: una prima versione nel 1892 dalla 11ª ed. presso M. Kantorowicz, Milano (rist. 1905) e una seconda nel 1905 dalla 36ª ed. presso Sandron, Milano-Palermo-Napoli.

Va rilevato come il testo subisse notevoli modifiche, con un recupero di Engels e soprattutto con continui aggiornamenti della documentazione sulla condizione economica e sociale della donna, da cui la stesura di nuove prefazioni. Uno studio delle varianti del testo non ci risulta sia stato tentato.

([32]) *La donna e il socialismo,* Kantorowicz, Milano 1892, pp. 17-97.

([33]) *Origine della proprietà,* pp. 70 e 78.

([34]) « Dans la famille matriarcale ... la femme reste dans le clan où elle est née et, quand le clan se fractionne en groupes familiaux, elle demeure dans sa maison où ses maris viennent la visiter à tour de rôle: elle est alors maîtresse

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la situazione di egemonia delle madri, di potere ([35]), risulta quindi esplicitamente affermata.

Va rilevato come questa tesi, solo riassunta nell'*Origine della proprietà*, sia più ampiamente esposta ed argomentata nel *Matriarcato* del 1886 ([36]), con una originale conoscenza della letteratura, dalle *Antiquarische Briefe* di Bachofen, che Engels non sembra aver letto, a Fison-Howitt, che Engels citerà solo nella edizione del 1891 dell'*Origine della famiglia* ([37]).

Lafargue insiste inoltre sulla naturalità del rapporto di tutela e di affetto della donna verso i piccoli, mentre vede la consapevolezza della paternità come un prodotto storico-culturale assai più lento ([38]). Il passaggio al patriarcato viene quindi letto, recuperando Bachofen, come processo violento di lotta armata fra i sessi ([39]), distinguendo

---

de maison et chef de famille; les biens et les enfants lui appartiennent ». *De l'adultère dans le present et dans le passé*, p. 804.

([35]) « ... la mère et non le père est chef: transmettant, seule, son nom et ses biens à ses enfants ... ». *Les chansons et les cérémonies du mariage*, pp. 341-42; « la famille naîre basée ... sur la suprématie della mère, maîtresse souveraine de la maison, son frère aîné n'etant qu'une espèce de majordome ... ». *Le Matriarcat*, p. 305 (cfr., per i Baschi, *Origine della proprietà*, p. 78).

([36]) Da cui rileviamo anche le fonti su cui Lafargue lavora. Mentre nell'*Origine della proprietà* si limita a citare come casi storici di proprietà fondiaria femminile gli Egizi, Sparta, i Nair del Malabar ed i Baschi, qui vediamo che la fonte per i Nair (Nayar) è Bachofen (*ivi*, pp. 303-06) come lo è per i Baschi (*ib.*, pp. 335-36 e *La propriété primitive*, p. 535), mentre per Egitto e Sparta attinge direttamente ai classici, a partire da Erodoto.

([37]) Va rilevato come fra le fonti autorevoli sia spesso citato Maine (*La propriété primitive*, p. 539; *Evolution of Property*, p. 53; *Origine della proprietà*, pp. 83-84), che Marx negli appunti e nelle lettere richiama invece sempre con sarcasmo. La conoscenza delle *Antiquarische Briefe, vornehmlich zur Kenntniss der ältesten Verwandtschaftsbegriffe*, Trübner, b. I-II, Strassburg 1881-86, è probabilmente mediata attraverso Laura Marx, studiosa di folclore e lettrice di Bachofen (cfr. lettera del 13 giugno 1891 di Engels a Laura, MEOC, IL, pp. 116-17), nonché abituale traduttrice a Paul dei testi tedeschi (*ib.*, pp. 50 e 561). La stessa *Origine* di Engels era stata letta da Lafargue nella versione italiana del 1885 (« ... Paul, who had hitherto only read the italian version of the *Ursprung*, read the french translation on his journey ... » lettera di Laura a Engels del 9 giugno 1894, in *Correspondance* cit., v. III, p. 281. Per quanto abbia svolto attività politica e pubblicistica, traducendo gran parte delle opere di Marx ed Engels edite in francese alla fine del secolo, la figura di Laura Marx Lafargue non è stata finora studiata (v. O. B. VOROBJOVA - I. M. SINELNIKOVA, *Le figlie di Marx*, Napoleone, Roma 1974, pp. 89-114).

([38]) « L'amour maternel est un besoin naturel imposé à la femme par son organisme façonné pour procréer et nourrir l'enfant; l'amour paternel, au contraire, est un besoin socialement acquis; il est né du désir de se survivre ». *L'adultère dans le présent et dans le passé*, p. 805; cfr. *Le matriarcat*, p. 318.

([39]) *Origine della proprietà*, pp. 78-80. È significativo che mentre Engels recupera Bachofen nel vedere il passaggio come prodotto delle esigenze monogame femminili (« Bachofen ha inoltre incondizionatamente ragione, quando afferma costantemente che il passaggio ... alla monogamia è avvenuto essenzialmente per opera delle donne » *Origine della famiglia*, p. 80), Bebel si limita a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo processo dalla costituzione della proprietà privata, su cui incidono possesso mobiliare del bestiame, rapporti mercantili e fiscalità statale, ma in una successiva fase all'interno della struttura patriarcale (40).

Va rilevato infine come Lafargue colga una processualità storica nella condizione della donna tutt'altro che lineare, con una prima fase negativa di schiavitù caratterizzata dall'acquisto della sposa da parte della famiglia dello sposo, una seconda in cui la donna si costituisce come persona attraverso l'istituto della dote ed una terza di più ampia autonomia giuridica nella fase del basso impero romano (41). Questa situazione peggiora invece drasticamente con le invasioni barbariche, con un ritorno della donna a forme di servitù generalizzata. La tesi appare argomentata sul terreno della storia del diritto, ma interessa qui maggiormente per il contrasto colla posizione dello Engels, che vede invece nella tradizione germanica un ruolo più autorevole della donna (42).

Mentre Lafargue appare collegare il progresso allo sviluppo delle forze produttive, ai processi di mercato e di urbanizzazione, alla « civilisation » (43), Engels sembra piuttosto riprendere un filone hegeliano in cui la storia della libertà è espressione della dialettica fra condizioni storiche materiali e specifiche tradizioni spirituali nazionali, in particolare dei popoli germanici.

---

riportare la tesi « pacifica » di Engels e quella « armata » di Bachofen senza prendere posizione (*La donna e il socialismo* cit., pp. 37-38). Lafargue è invece l'unico scrittore socialista che sostenga una conflittualità strutturale fra i sessi. « L'antagonisme des sexes, né avec l'humanité, dure ancore. Le mépris, que dès les temps historiques les hommes ont eu pour la femme, mise en tutelle et traitée en courtisane ou en ménagère, les femmes — les rites religieux le prouvent — l'ont témoigné aux hommes alors qu'elles étaient les égales et parfois les supérieures de l'homme. Dans les sociétés animales communistes, chez les fourmis, chez les abeilles, le mâle est un parasite; après l'acte de la fécondation, on le tue ». *Le matriarcat*, p. 311.

(40) *Origine della proprietà*, pp. 103-07 e 151-53.

(41) *De l'adultère dans le présent et dans le passé*, pp. 808-15; cfr. *Les chansons et les cérémonies du mariage*, pp. 341-44. Non dissimile posizione prenderà su questo punto Maffeo Pantaleoni (gli schieramenti su queste questioni furono a volte singolari) che, appoggiandosi a Maine e a Westermarck, vedrà nella misoginia cristiana e soprattutto nella struttura agnatizia dei Germani le cause del regresso nella condizione giuridica e sociale della donna (v. *Della divisione del lavoro in attribuzioni maschili e femminili*, in *Erotemi di economia*, v. I, Laterza, Bari 1925, pp. 367-69).

(42) *Origine della famiglia*, pp. 95-97. Va rilevato come nelle pagine successive Engels da una parte affermi che il matrimonio di coppia, tipico dello stadio barbarico, produce la condizione più favorevole della donna germanica, dall'altra che proprio in questa fase nasce l'amore moderno fondato sull'individualità e sul desiderio, tipico della cultura trobadorica (che per la verità proprio germanica non era, almeno in Occitania), con una riflessione non priva di finezza ma che ci riconduce sorprendentemente a ... Stendhal (*ivi*, pp. 96-97 e 103-05).

(43) *De l'adultère dans le présent et dans le passé*, pp. 814-16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Origine della proprietà privata

Gli sviluppi successivi del dibattito sul matriarcato, da Grosse a Malinowski e Schmidt, non interessano in questo contesto ([44]). Merita piuttosto rilevare come nel calore di un dibattito così lungo e su terreni disciplinari diversi non sempre gli interlocutori avessero chiaro di che stavano discutendo (un rilievo analogo potrebbe essere fatto per l'attuale discussione sulla natura dell'economia antica). Da una parte la distinzione fra diritto materno e matriarcato era spesso confusa, e tale rimase. Mentre in genere gli antropologi contemporanei rifiutano come un mito il matriarcato, intendendo con questo concetto un modello di società in cui le istituzioni politiche, religiose e militari sono a monopolio femminile, possiamo leggere in un testo recente (e di grande ricchezza documentaria) che « proprietà terriera femminile, filiazione uterina e successione femminile ai beni materni, costituiscono pieno e classico matriarcato » ([45]). Dall'altra coloro che ammettevano, in toto o in parte, l'esistenza di forme matriarcali si dividevano a loro volta fra chi le considerava forme degenerate rispetto ad una originaria appropriazione individuale del suolo, chi le negava per la storia dei popoli indoeuropei, pur ammettendole per altri popoli « inferiori » ([46]) e chi invece le considerava come stadio generalizzato nella storia dell'umanità.

Se l'*Origine della famiglia* si configura come un'operazione di politica culturale, di cui peraltro Engels era ben convinto, va rilevato che le forzature ideologiche dei suoi più accademici interlocutori non erano certamente minori, salvo che per consapevolezza.

([44]) Lafargue riprenderà la questione del matriarcato nella sua opera di maggior mole, che è una sorta di riepilogo un po' stanco della sua critica dell'ideologia (*Le déterminisme économique de Karl Marx, recherches sur l'origine et l'évolution des idées de Justice, du Bien, de l'Âme et de Dieu*, Giard & Brière, Paris 1909; tr. it. il Formichiere, Milano 1976, pp. 256-66). L'unico testo in cui vengono direttamente utilizzate le sue ricerche è, per quanto ci è noto, Ch. VÉRECQUE, *Histoire de la famille des temps sauvages à nos jours*, Giard & Brière, Paris 1914.

([45]) E. GASPARINI, *Il matriarcato slavo. Antropologia culturale dei protoslavi*, Sansoni, Firenze 1973, p. 61.

([46]) Il bilancio storiografico di questo dibattito è ancora largamente incompiuto. Ciò che appare interessante non è tanto la rilettura dei singoli problemi, come il matriarcato, quanto delle categorie di analisi e di classificazione. Da una parte nella letteratura antropologica è diffusa la distinzione, a partire da F. Th. Waitz, fra *Naturvölker* e *Kulturvölker*. Dall'altra sembra dominante negli studi di storia del diritto la distinzione fra il ceppo dei popoli indoeuropei e gli altri gruppi etnici, che peraltro non coincide con la precedente (cfr. sulla questione in Maine: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Sir Henry S. Maine e l'Ancient Law*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, a. 10, Milano 1981, pp. 83-147). Il richiamo frequente alla tradizione biblica pone infine problemi irrisolti per la collocazione delle culture semitiche all'interno di una Stufentheorie in chiave cristiano-europea.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si tratta piuttosto di analizzare con attenzione alcune contraddizioni che emergono più vistosamente all'interno dello schema engelsiano. Abbiamo visto come la proprietà privata sembri nascere in parallelo a due nuovi fenomeni sociali: possesso mobiliare del bestiame e trasmissione patrilineare dei beni. Ma anche nel clan patriarcale la forma del possesso è collettiva, salvo concedere molto ai teorici dell'appropriazione individuale originaria nella tradizione indoeuropea. Si spiega così come nella nuova edizione del 1891 Engels sostituisca sempre proprietà privata (*Privateigentum*) con possesso familiare (*Familienbesitz*) o anche col curioso neologismo di proprietà speciale (*Sondereigentum*) ([47]). Forse si intrecciano qui una dipendenza affrettata dallo schema di Morgan, che usa spesso categorie moderne per analizzare istituti antichi ([48]) ed una forzatura nel porre in parallelo tre fenomeni-chiave: il patriarcato (oppressione della donna), la proprietà privata (sfruttamento dell'uomo sull'uomo) e lo Stato (nascita della società di classe). Il parallelismo è certamente efficace sul terreno della divulgazione politica, ma non regge sul piano storico e la successiva rettifica del lessico mostra come Engels ne fosse consapevole, anche se la rigidità dello schema risulta solo in parte modificata.

Nell'*Origine della proprietà*, che su questo punto riprende coerentemente molti interventi precedenti, Lafargue compie invece una operazione opposta, dove il feudalesimo si configura come forma specifica di regime signorile, democrazia militare che si trasforma in sistema contrattuale di obblighi bilaterali, fondato sulle comunità di villaggio ([49]). La permanenza di forme collettivistiche, parentali e non, fino al 1789, documentata per la situazione francese con una buona padronanza delle fonti antiquarie, serve a Lafargue per combattere la leggenda della Rivoluzione che avrebbe dato la terra ai contadini,

---

([47]) V. *Origine della famiglia*, pp. 81-82 (MEW, b. 21, pp. 58-59).

([48]) Cfr. *ib.* e *Società antica* cit., pp. 396-402 (sulle critiche di Kovalevskij all'uso arbitrario della categoria romanistica di successione, v. retro la nostra nota 18). La tesi della pastorizia come stadio che precede l'insediamento agricolo è un topos classico che va da Varrone (che si appoggia a Dicearco di Messina, v. *De re rustica*, I, 2) ai filosofi settecenteschi della storia, e si ritrova anche in Marx (v. *Il Capitale*, Rinascita, Roma 1956, I, 1, p. 103). Ma l'origine indoeuropea e vetero-testamentaria di questo schema si trasporta con difficoltà in uno schema di storia universale.

Va rilevato come sia Morgan (*op. cit.*, p. 395) che Engels (*op. cit.*, p. 81) riconoscano la persistenza di forme collettive di proprietà fondiaria nella prima fase del patriarcato. Ma mentre Marx insiste sulla funzione disgregatrice del commercio e sulle forme di schiavitù derivanti dalle guerre inter-tribali come fattori di transizione lenta alla proprietà privata, Morgan ed Engels accelerano questa transizione introducendo fattori psicologistici (il desiderio paterno di trasmissione, le esigenze monogame femminili ecc.) che prestano facile fianco alla critica.

([49]) *Origine della proprietà*, pp. 109-10 e 120-26 (cfr. *Propriété féodale*, pp. 557-67).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mentre ha invece privatizzato gli usi civici e sciolto le compagnie di arti e mestieri ([50]). Con la sola eccezione del diritto romanistico, soprattutto tardo-imperiale, la storia della proprietà privata appartiene dunque alla fase tardo-borghese del patriarcato e non coincide affatto con la fase di transizione dal matriarcato.

Anche qui il senso dell'operazione politica è evidente: la polemica contro la mitologia del *dominium* come istituto tradizionale indoeuropeo si congiunge alla polemica antiliberale sulle origini e conseguenze classiste dell'89.

La tesi presenta un duplice interesse. Da una parte scindendo storia della famiglia e storia della proprietà, anche se troviamo a volte affermazioni di principio in senso opposto ([51]), Lafargue compie una lettura tutt'altro che unidirezionale del processo storico. Dall'altra presenta una analisi delle origini e della natura del feudalesimo europeo tutta interna a quel grande dibattito ottocentesco, di cui siamo in fondo ancora partecipi.

La letteratura medievistica contemporanea risale raramente su questioni di teoria oltre la triade Pirenne Weber Bloch. Ma proprio queste pagine di Lafargue stimolano la rilettura di una fase precedente, che risulta poi tutt'altro che archeologica.

L'analisi marxiana della società feudale si articola in tre livelli: *a*) dominio della piccola produzione familiare *b*) regime signorile, con una specificità istituzionale originata dall'intreccio fra diritto romano e tradizioni germaniche, con trasformazione dell'organizzazione militare in gerarchia sociale e proprietaria *c*) struttura corporativa urbana che genera, a partire del XII secolo, rapporti mercantili anche nelle campagne.

La posizione di Engels ci sembra più sfumata: mentre nell'*Anti-Dühring* si riafferma l'egemonia della piccola produzione contadina

---

([50]) *Ib.*, pp. 95-97 e 142-49.

([51]) Il dibattito giuridico, antropologico e sociologico del secondo Ottocento è stato spesso oggetto, in tempi recenti, di letture superficiali (sul mito dell'evoluzionismo unilineare v. le osservazioni, del tutto condivisibili, di M. HARRIS, in *L'evoluzione del pensiero antropologico. Una storia della teoria della cultura*, Il Mulino, Bologna 1971, pp. 231-34).

Nel caso di Lafargue affermazioni come « le società umane passano per le stesse forme di famiglia, per le stesse istituzioni ... » oppure « la famiglia e la società passano per le stesse fasi evolutive » (*op. cit.*, pp. 49 e 90) possono essere mal comprese se non vengono collocate nel contesto di una polemica storico-materialistica contro il degradazionismo e contro la superiorità delle razze ariane. L'applicazione concreta di questo schema è infatti assai meno rigido. « La proprietà collettiva, sorta dalla divisione della proprietà comune al tempo in cui la gens si frazionò in famiglie matriarcali o patriarcali, si divide a sua volta per formare la proprietà individuale, quando le famigliuole contenute nella gran famiglia patriarcale si disgiungono ». *Ivi*, p. 103 (per la stessa tesi v. *ib.*, pp. 91 e 151, *Le Matriarcat*, p. 324, *Die Entwickelung des Eigenthums*, pp. 15-16 e, in forma ancora più aperta, *La Propriété primitive*, pp. 534-35).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in forma tributaria (52), con *La Marca* affiora invece, almeno per le zone germaniche e celtiche, una prevalenza delle comunità di villaggio fino all'epoca moderna (53).

La scelta di Lafargue è invece di accentuare il ruolo delle comunità di villaggio e la loro permanenza fino ad epoca recente. Nella sua introduzione critica il Loria richiama il dibattito sulla origine libera o servile di queste comunità e, dopo avere reso omaggio al Seebohm, si schiera infine per Vinogradov, cioè per la tesi di Lafargue, pur punzecchiandolo su varie questioni di poco conto (54). Non varrebbe la pena di citare questo passo del Loria se la questione non fosse richiamata, in modo assai curioso, da Engels.

Nella lettera a Lafargue in cui commenta l'*Origine della Proprietà* Engels si sofferma sulla analisi delle parçonneries, che Lafargue aveva inserito ex novo nell'edizione francese, esprimendo due tipi di riserve: 1) interpretazione troppo arcaizzante (55); 2) necessità di distinguere fra origine libera, tipica delle zone germaniche (qui: zone settentrionali franche), e probabile origine servile nel meridione (qui: Aquitania). Questa tesi dell'originaria libertà dei Germani era già presente in un passo della *Marca* (56). Mentre Engels scrive « È da Lei che io vengo a sapere di questo carattere speciale del comunismo consanguineo in Francia ... » (57), nella edizione del '91 della *Origine della famiglia* leggiamo che « (le comunità familiari) ... in Francia si conservarono nel Nivernese fino alla Rivoluzione col nome di parçonneries e nella Franca Contea neanche oggi sono del tutto scomparse ... » (58).

---

(52) MEOC, XXV, pp. 169-70, 257 e 261-62.

(53) V. *Storia e lingua dei Germani* cit., pp. 167-69.

(54) *Op. cit.*, pp. 19-22; va rilevato ancora una volta come in questi dibattiti siano significative non tanto le diverse ricostruzioni del passato quanto le diverse motivazioni che le sostengono, per cui spesso è proprio l'orientamento conservatore ad agevolare il riconoscimento di passate forme collettivistiche. Così Durkheim scriverà nel 1893: « Il comunismo è infatti il prodotto necessario della coesione che assorbe l'individuo nel gruppo, la parte nel tutto. La proprietà non è in definitiva che l'estensione della persona sulle cose: quindi, dove la personalità collettiva è la sola che esista, anche la proprietà non può fare a meno di essere collettiva. Essa potrà diventare individuale soltanto quando l'individuo, svincolandosi dalla massa, sarà diventato un essere personale e distinto, non soltanto in quanto organismo, ma anche in quanto fattore della vita sociale ». In *La divisione del lavoro sociale*, Comunità, Milano 1977, p. 190.

(55) Engels utilizza qui Kovalevskij per la storia della comune familiare nei paesi slavi e Maurer per le ulteriori evoluzioni nella Markgenossenschaft, ma per la verità Lafargue aveva distinto chiaramente una fase consanguinea alto-medievale ed una basata sui vincoli di lavoro e di vicinato in età moderna (*op. cit.*, pp. 97 e 98); nella sua risposta del 6 aprile 1895 Lafargue non riprenderà questo problema (cfr. *Correspondance*, v. III cit., pp. 407-08).

(56) Ed. cit., p. 165.

(57) MEOC, L, p. 492.

(58) Ed. cit., p. 87. In precedenza Engels aveva invece escluso che forme di proprietà fondiaria collettiva avessero potuto imporsi nelle zone europee meridionali, dove il diritto romano aveva generalizzato la proprietà privata indi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Poiché Lafargue cita solo il Berry, zona di confine franco-visigotica, mentre Engels aveva citato zone borgognone, potremmo pensare semplicemente che Engels avesse letto il testo in modo superficiale.

Ma non di questo, o solo di questo, si tratta. In uno scambio epistolare precedente Engels aveva scritto: « Dans le livre de Kovalevski il y a une chose importante, c'est qu'il met entre le matriarcat et le communisme de la Mark (ou du mir) la famille agglomérée patriarcale, telle qu'elle existait en France (Franche-Comté et Nivernais) jusqu'en 1789, et qu'elle existe maintenant chez Serbes et Bulgares sous le nom de Zàdruga ». Lafargue risponde con due tipi di obiezioni ([59]): *a*) Kovalevskij non coglie il ruolo dissolvente della rendita in denaro, originata dalla fiscalità statale; *b*) il passaggio dal comunismo tribale alla comune familiare avviene nella forma matriarcale. Le prime forme di proprietà fondiaria sono femminili, la struttura patriarcale è successiva ed ha ancora forme di proprietà collettiva (« ... avant d'arriver au collectivime de la Mark on a passé par un communisme transitoire, tantôt sous la forme matriarcale, tontôt patriarcale »). Il passaggio a forme di proprietà privata è dunque più tardo.

Questo scambio epistolare mostra da una parte l'importanza dei lavori di Kovalevskij in questa fase del dibattito, dall'altra come la divergenza sostanziale fra Engels e Lafargue fosse proprio sul rapporto fra storia della famiglia e storia della proprietà, dove Engels tende ad accentuare il parallelismo e Lafargue a negarlo.

La transizione al capitalismo

Il rilievo dato da Lafargue al ruolo ed alla permanenza di collettività di villaggio fino al XVIII secolo ripropone d'altra parte un secondo nodo storiografico, vivacemente dibattuto allora e dopo, relativo ai fattori della transizione dal feudalesimo al capitalismo. Non c'è dubbio che per Lafargue questo regime sociale abbia carattere statico e costituisca la base tradizionale del dispotismo. Qui la presa di posizione contro le tesi dei populisti russi è netta ([60]).

Nella esperienza europea occidentale i fattori dinamici risultano invece così individuati: azione disgregatrice del commercio, innovazione tecnologica con effetti di aumento demografico e urbanizzazione, forme nuove di imprenditorialità extracorporativa.

---

viduale (*La Marca*, ed. cit., p. 163-64), affermazione che può sorprendere in uno studioso come Engels, ma che mostra fin dove arrivasse il mito del dominium nella cultura storico-giuridica dell'Ottocento.

([59]) V. lettera di Engels a Lafargue del 27 agosto 1890 e lettera di Lafargue a Engels del 31 agosto 1890, in *Correspondance* cit., v. II (1887-90), pp. 408-10 (la lettera di Engels è anche in MEOC, XLVIII, p. 479).

([60]) *Origine della proprietà*, n. 18 a pp. 95-96.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel testo l'esposizione riprende formalmente il *capitolo XXXI* dell'edizione francese del *Capitale*: espansione coloniale, formazione di un proletariato libero dopo la chiusura dei campi, divisione manifatturiera del lavoro, nuove vie e mezzi di trasporto (61).

Ma i fattori principali restano i tre sopracitati. Ciò comporta una lettura della storia moderna tutta dominata dal capitale commerciale, che prima egemonizza il sistema urbano corporativo, poi produce una nuova imprenditorialità al di fuori del circuito corporativo tradizionale ed infine, dopo le rivoluzioni borghesi, torna a dominare la produzione nelle nuove forme del capitale bancario e finanziario (62). Si tratta di tesi non nuove, ma che rinviano alle posizioni espresse dalla scuola storica tedesca, da Hildebrand e Schmoller a Bücher e Meitzen. Il rinvio non è certamente disonorevole: è da questo grande dibattito, troppo poco presente nella storiografia attuale, che usciranno i lavori di Pirenne, Sombart e Weber (63).

Non è facile su questo punto rintracciare le fonti di Lafargue. Sulla sua riflessione influisce certamente la specificità dell'esperienza storica francese, con l'egemonia del capitale bancario sotto Luigi Filippo e Napoleone III, così come va sottolineato il costante interesse per le nuove forme di sviluppo degli Stati Uniti, dall'agricoltura (64) agli oligopoli industriali. Ma le forti affinità con le posizioni che veniva esprimendo la scuola storica legittimano l'ipotesi di una qualche influenza indiretta, anche se Lafargue non cita esplicitamente questo tipo di letteratura.

Al di là delle fonti, ciò che preme rilevare è che l'individuazione del commercio e dell'innovazione tecnologica come fattori dinamici della transizione ridimensionano invece il ruolo della conflittualità sociale, dalle lotte contadine antifeudali a quelle della piccola impren-

---

(61) *Ivi*, pp. 152-92.

(62) *Ib.*, pp. 152-53, 159-60, 177 e 188-92.

(63) Cfr. G. M. CAZZANIGA, *Funzione e conflitto. Forme e classi nella teoria marxiana dello sviluppo*, Liguori, Napoli 1981 (cap. VII: *il dibattito storiografico su feudalesimo e società medievale*, pp. 129-57).

(64) *Origine della proprietà*, pp. 170-71. Questo passo è ripreso da un precedente articolo del 1885, *Das amerikanische Getreide, seine Produktion und sein Handel*, in *Die Neue Zeit*, a. III, pp. 246-52, 289-297 e 337-51 (*ivi*, p. 345). Luxemburg lo cita nell'*Accumulazione del capitale* (Einaudi, Torino 1960, pp. 389 e 393-94) come versione di un testo già edito in russo nel 1883, ma con una citazione di memoria che sembra confondere il titolo con quello dell'articolo successivo (*Der Getreidehandel in den Vereinigten Staaten, ib.*, pp. 458-67, 499-508, 546-51). Nella lettera di Lafargue a Engels del 6 febbraio 1884 si parla di una edizione francese, di cui tuttavia non abbiamo trovato traccia: «... je me suis arrangé avec mon éditeur, au sujet de mon livre sur le blé en Amérique, qui est chez l'imprimeur en ce moment ...», in *Correspondance* cit., v. I (1868-86), p. 170.

I nuovi sviluppi oligopolistici negli Stati Uniti saranno poi affrontati in *Les Trusts americains, leur action économique, sociale, politique*, Giard & Brière, Paris 1903 (cfr. le osservazioni di A. Peregalli in *Origine della proprietà*, pp. 30-40).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ditorialità contro i grandi mercanti. Che la questione sia assai spinosa per la letteratura di orientamento marxista è noto, e lo si è visto in questo ultimo dopoguerra con la polemica fra Sweezy e Dobb, i cui sviluppi sono tutt'altro che conclusi ([65]).

Va rilevato infine come nel taglio politico dell'esposizione di Lafargue gli obbiettivi di battaglia culturale appaiano chiari e, tutto sommato, più efficaci di quelli usati da Engels per quanto riguarda l'origine e gli sviluppi della proprietà privata: se forme di collettivismo agrario permangono fino all'89, se lo sviluppo bancario scinde la proprietà dalla direzione di impresa, se la centralizzazione dei capitali espropria piccoli imprenditori e piccoli azionisti, la storia della proprietà privata si riduce a ben poca cosa nella storia dell'umanità, a rari momenti della storia occidentale che finiscono per ridursi alle forme giuridiche romano-imperiali ed a quelle borghesi-mercantili nella fase di crisi del feudalesimo.

Forme sociali e modi di produzione

Nella sua *Introduzione critica* Loria rileva come il lavoro di Lafargue analizzi quattro forme storiche di proprietà (comune, familiare, feudale e borghese), omettendo invece quella schiavistica collegata alla proprietà individuale ([66]). In effetti su questo punto, troppo importante per essere letto in chiave di omissione, il testo si differenzia nettamente dallo schema engelsiano.

Nell'*Origine della famiglia* Engels riprende la tipologia degli stadi di Morgan, utilizzando gli appunti di Marx, e la integra utilizzando le proprie ricerche su Germani e Celti. Ma questa operazione presenta tre ordini di difficoltà: da una parte Morgan esprime un determinismo tecnologico in cui il concetto marxiano di tecnologia come coagulo di rapporti sociali di produzione viene fortemente impoverito, dall'altra opera una riflessione mondiale sulla storia dell'umanità che Marx aveva sempre evitato ([67]), peraltro tagliando fuori tutta l'esperienza dei grandi imperi asiatici, che Engels ben conosceva ma che qui non riprende; inoltre Engels forza, come abbiamo visto, il parallelo cronologico fra genesi del patriarcato e della proprietà privata.

Lafargue invece, pur utilizzando materiale etnografico extraeuropeo, tende a restare più legato all'esperienza occidentale e ad usare, come già aveva fatto in un opuscolo del 1883 ([68]), uno schema fondamen-

---

([65]) Cfr. R. Hilton ed., *The Transition from Feudalism to Capitalism*, NLB, London 1978.

([66]) Ed. Sandron, Palermo 1896, pp. 4-5.

([67]) V. la lettera di Marx all'Otečestvennye Zapiski, MEW, b. 19, pp. 107-12.

([68]) *Le matérialisme économique de Karl Marx*, H. Oriol, Paris 1884 (riunisce tre fascicoli di un corso di economia sociale, già usciti nel 1883, a cui

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

talmente tripartito: comunismo tribale, collettivismo consanguineo, società borghese moderna, in quanto la sua lettura del feudalesimo come regime fondato sulle collettività di villaggio ridimensiona molto l'autonomia e specificità di questa forma sociale. Il mondo classico, o meglio i suoi sviluppi giuridici privatistici ed economici mercantili nella fase ellenistico-imperiale, appaiono insomma come un'esperienza limitata ed eccezionale in un quadro di storia universale. La tesi non era priva di qualche sostegno, ma certo non doveva essere popolare fra giuristi e filologi del tempo.

Questa tendenziale tripartizione non è una tesi nuova: la ritroviamo in singoli passi editi e inediti del *Capitale* (69) e, in forma più compiuta, nelle bozze della *lettera a Vera Zasulič* scritte da Marx nel 1881 (70). Qui Marx analizza la comunità familiare, utilizzando un lavoro di Kovalevskij (71), come forma di transizione fra una fase primaria di comunismo tribale, ancora subordinata al ciclo naturale, ed una fase secondaria che comprende rapporti tributari e di servitù di vario tipo, ed in cui maturano rapporti mercantili e prime forme di proprietà privata.

Si tratta di appunti che non sarebbe filologicamente corretto forzare per costruire nuove e più o meno definitive teorie degli stadi. Tuttavia un qualche rapporto fra questa ultima fase della riflessione marxiana e lo schema utilizzato da Lafargue sembra rintracciabile. Dopo tutto nel periodo dell'esilio londinese (1872-81) la frequentazione di Marx era stata intensa e fruttuosa, come Lafargue stesso scriverà più tardi (72).

Sembra comunque interessante sottolineare come nei lavori di Lafargue non si incontri mai nella periodizzazione della storia uno schema basato sulla successione rigida dei modi di produzione, ma come questa categoria venga impiegata per interpretare fasi storiche e forme di

---

nell'anno successivo se ne aggiunsero altri cinque di G. Deville sull'evoluzione del capitale). La *Critica sociale* ne stampò la traduzione prima sulla rivista (cfr. *app. bibl.*) e poi in opuscolo, Milano 1894, da cui citiamo (*ivi*, pp. 39-42).

(69) *Il Capitale*, ed. cit., I, 2, p. 32 (v. anche *ib.*, III, 1, p. 224 e III, 3, p. 194).

(70) In *Marx-Engels Archiv*, Frankfurt/M., b. I (1926), pp. 318-42; le bozze vennero ritrovate da D. Rjazanov nel 1911 fra le carte dei Lafargue (*ib.*, p. 309).

(71) Marx, che aveva conosciuto Kovalevskij a Londra e poi a Karlsbad nel 1875, aveva iniziato nel 1879 a schedare la sua opera *La proprietà fondiaria comune, cause sviluppo e conseguenze della sua dissoluzione* (in russo), accumulando una notevole massa di appunti (ora editi, v. *Exzerpte aus M. M. Kovalevskij* in Karl Marx, *Ueber Formen vorkapitalistischer Produktion*, Campus V., Frankfurt-New York 1977, pp. 21-109). Appunto da Kovalevskij Marx riceverà la copia di *Ancient Society* nella edizione americana, mentre Lafargue risulta averla letta nell'edizione londinese quando era ancora a Londra, quindi prima del 1882 (cfr. lettera di P. Lafargue a Engels del 19 settembre 1884, in *Correspondance* cit., v. I (1868-1886), p. 239).

(72) *Karl Marx, Persönliche Erinnerungen*, in *Die Neue Zeit*, a. IX, b. 1 (1890-91), pp. 10-17, 37-42 (per le numerose versioni italiane cfr. *app. bibl.*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

civiltà, piuttosto che per identificarsi con queste e subordinarle. La questione non è priva di interesse, non tanto per trovare in Lafargue specifici contributi teorici, quanto per cogliere nel dibattito marxista di questo periodo una grande autonomia, al di là dei diversi esiti, nell'impiego delle categorie marxiane di analisi del processo storico.

In questo quadro una rilettura storica di Lafargue, al di là del recupero di singole intuizioni sulla linguistica storica o sul rapporto fra calvinismo e rivoluzione borghese ([73]) o ancora sull'antistoricismo dei darwinisti sociali, appare significativa per la ricchezza dei legami con discipline e filoni culturali diversi, legami che per lungo tempo verranno successivamente troncati.

Appendice bibliografica

L'unica bibliografia di Lafargue in lingua italiana è quella dell'ESSMOI (*Bibliografia del socialismo e del movimento operaio*, II: *Libri, opuscoli, almanacchi, numeri unici*, ed. ESSMOI, v. II, Roma-Torino 1964, pp. 353-55). Abbiamo ritenuto utile integrarla, soprattutto per le omissioni del periodo 1890-96, ed aggiornarla, ordinando i titoli cronologicamente, con numerazioni distinte per le edizioni diverse delle stesse opere e indicando invece sotto la stessa numerazione le ristampe.

1. *La criminalità in Francia dal 1840 al 8866, ricerche sul suo andamento e le sue cause*, in *Cuore e Critica*, a. IV (1890), pp. 77-79, 178-79, 223-24, 237-38, 242-46, 261-64 e 278-79. A p. 223 leggiamo: «... avendo dovuto rimandare all'A. il manoscritto (che deve servire per la edizione francese, non ancora pubblicata) avvertiamo che la traduzione è ora condotta sull'edizione tedesca della *Neue Zeit* per opera del sig. Pasquale Martinetti di Benevento». La fine del saggio fu pubblicata su *Critica Sociale*, a. I (1891), pp. 39-42 e 54-56.
2. *Storia della giornata di otto ore in America ed in Europa*, in *La Giustizia*, nn. 231-45 (Reggio Emilia 14 sett. - 28 dic. 1890), tr. di P. Martignetti dalla *Deutsche Mechaniker Zeitung*.
3. *La religione del Capitale. Catechismo del lavoratore*, tr. di P. Martignetti, tip. G. M. Piccone, Alessandria 1890 (appare in precedenza su *Il Fascio Operaio*, nn. 266-68, Alessandria 25 mag. - 8 giugno 1890).
4. *La teoria darwiniana*, tr. di P. Martignetti, tip. G. M. Piccone, Alessandria 1890 (appare in precedenza su *Il Fascio Operaio*, nn. 273-82, Alessandria 13 luglio - 7 sett. 1890).
5. *Il diritto all'ozio*, tip. Sociale diretta da G. Panizza, Alessandria 1891.
6. *La legge di Malthus rovesciata dalla statistica moderna*, in *Critica Sociale*, a. III (1893), p. 232.

([73]) *Origine della proprietà*, p. 181 (cfr. *Evolution of Property*, p. 166: «... Calvin, the authorised representative of the religious manifestation of the bourgeois economic revolution»). Il rapporto fra protestantesimo e nascita della società borghese è già presente in Marx (v. *Il Capitale*, ed. cit., I, 1, pp. 92-93 e III, 2, p. 301), ma solo con Engels abbiamo un tentativo di collegare la storia delle borghesie urbane alla storia religiosa, dagli Albigesi a Calvino (cfr. *Ludovico Feuerbach e la fine della filosofia classica tedesca*, MEW, b. 21, pp. 304-05).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

7. *L'idealismo e il materialismo nella storia,* in *Critica Sociale,* a. III (1893), pp. 312-15.
8. *L'ambiente naturale,* in *Critica Sociale,* a. III (1893), pp. 345-47 e 362-64.
9. *L'ambiente artificiale. Teoria della lotta di classe,* in *Critica Sociale,* a. IV (1894), pp. 12-14 e 28-30.
10. *Erberto Spencer e il socialismo,* in *Critica Sociale,* a. IV (1894), pp. 151-55.
11. *Utilità e scienza del capitalista,* in *Critica Sociale,* a. IV (1894), pp. 236-37 (si tratta di un passo tratto dall'*Origine della proprietà,* v. n. 18).
12. *Breve risposta-domanda ai critici di Marx circa la teoria del valore,* in *Critica Sociale,* a. IV (1894), p. 317 e *Replica,* ivi, p. 346.
13. *Il diritto all'ozio,* biblioteca della Critica Sociale, Milano 1894.
14. *Il materialismo economico di Carlo Marx,* biblioteca della Critica Sociale, Milano 1894.
15. *C. Marx, Il Capitale.* Estratti di Paolo LAFARGUE, con *introduzione critica* di Vilfredo PARETO ed una *contro-introduzione* di Paolo LAFARGUE (pp. 183-224), Sandron, Palermo 1894.
16. *Il problema sociale,* in *Almanacco socialista per l'anno 1895,* tip. P. Faverio, Milano s.d. (dic. 1894), pp. 62-66.
17. *Il socialismo in Francia,* in *Almanacco socialista per l'anno 1896,* tip. Coop., Pavia s.d. (dic. 1895), pp. 25-31.
18. *Le sette eretiche del Medio-Evo,* in *Critica Sociale,* a. VI (1896), pp. 71-73.
19. *La vita di Campanella,* in *Critica Sociale,* a. VI (1896), pp. 90-91, 108-10 e nota editoriale 110-11.
20. *Il socialismo,* in *La lotta di classe,* a. V, n. 1, Milano 1896.
21. *Origine ed evoluzione della proprietà.* Con *introduzione critica* di Achille LORIA, tr. G. Capponi Trenca, Sandron, Palermo 1896.
22. *Fr. Mormina Penna, L'antisemitismo: studio critico,* con *un articolo* di Paolo LAFARGUE e *prefazione* di Napoleone COLAIANNI, tip. della Lente di O. Paggi, Pitigliano 1896.
23. *I « trusts » americani,* tip. del Proletario, New York 1903.
24. *La religione del capitale,* tr. di G. Buggelli, Nerbini, Firenze 1903.
25. *Il diritto all'ozio,* tr. di G. Buggelli, tip. Mongini, Roma 1904.
26. *Inchiesta sullo sciopero generale,* in *Il Socialismo,* a. III, f. 14 (10 sett. 1904), pp. 231-32.
27. *I « trusts » americani ed il materialismo storico,* in *Il Socialismo,* a. III, f. 23 (25 gen. 1905), pp. 254-57.
28. *La morale borghese. Ricerche sull'origine delle idee del Bene e del Giusto,* tr. di G. Buggelli, tip. Mongini, Roma 1905.
29. *Carità cristiana?,* traduzione di Cambronne, La Controcorrente, Bologna s.d. (1912?).
30. *Il problema della conoscenza,* tr. di P. Martignetti, ed. Avanti!, Milano 1913.
31. *Contraddittorio sulla concezione idealistica e materialistica della storia, avvenuto nel quartiere latino nell'assemblea pubblica convocata da un gruppo di studenti collettivisti di Parigi, fra J. Jaurès e P. Lafargue,* tr. di P. Martignetti, ed. Avanti!, Milano 1917, ristampa: 1921.
32. *Carlo Marx. Ricordi personali,* tr. di P. Martignetti, ed. Avanti!, Milano 1918, ristampe: 1919, 1920.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

33. *Federico Engels nei ricordi di Paolo Lafargue*, in *Compagni! per la propaganda socialista*, a. II, n. 5 (1 marzo 1920), tr. e note di P. Martignetti, pp. 3-5.

34. *Il diritto all'ozio*, soc. ed. Avanti!, Milano 1920.

35. *Il Capitale riassunto da G. Deville*. Nuova edizione con *uno studio* di Paolo LAFARGUE sulla vita e l'opera di Carlo Marx, ed. Sociale, Milano 1926.

36. *Ricordi su Marx*, in *Carlo Marx. Scritti scelti*, ist. Marx-Engels-Lenin, Mosca 1943, v. I, pp. 95-111 (lo stesso testo è citato nella bib. ESSMOI in due altre edizioni antologiche, Roma 1945 e Milano 1946, che non abbiamo controllato).

37. *Il materialismo storico di Marx*, Omnia, Milano 1945.

38. *Ricordi personali*, in *Ricordi su Marx*, Rinascita, Roma 1951, pp. 41-63.

39. *Il diritto alla pigrizia. Seguito dalla controversia Jaurès-Lafargue su: idealismo e materialismo nella concezione della storia*. Con una *prefazione* di J. M. BROHM e una *nota* di LENIN, ed. Forum, Milano 1968.

40. *Il diritto all'ozio*, introduzione di M. Dommanget, Feltrinelli, Milano 1971 (1982[8]).

41. *Il determinismo economico di Marx. Ricerche sull'origine e sull'evoluzione delle idee di giustizia, di bene, di anima e di Dio*, testo e note a cura di F. Freddi, Il Formichiere, Milano 1976.

42. *Il diritto all'ozio, 1883*, a cura di L. Binni, Collettivo editoriale 10-16, Milano 1977.

43. *Ricordi personali su Federico Engels*, in *Colloqui con Marx ed Engels. Testimonianze sulla vita di Marx e Engels raccolte da H. M. Enzensberger*, Einaudi, Torino 1977, pp. 29, 88, 264-66, 284-87, 429-30, 506; tr. parz. di K. MARX, *Ricordi personali*, ivi, pp. 241-53, 441-42.

44. *La religione del capitale. Massime, preghiere e lamenti del capitalista*, Dedalo Bari 1979.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GABRIELE CRESPI REGHIZZI

LA STORIA DEL DIRITTO CINESE IN UN MANUALE PER L'INSEGNAMENTO

1. Alla rivalutazione e al rilancio del diritto dopo il drammatico (e per molti versi ancora enigmatico) decennio giusnichilistico della rivoluzione culturale (1966-1975) si è accompagnata in Cina — forse in misura proporzionalmente maggiore e in forma più consapevole e meno condizionata rispetto all'analogo fenomeno verificatosi in URSS nel 1936 (1) — una fioritura di studi storici, e di storia del diritto nazionale in particolare.

È noto che la riabilitazione del « sistema legale socialista » venne proclamata in sede politica dal 3° Plenum dell'11° Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese (2) nel dicembre del 1978 (ribadendo quanto poteva ricavarsi indirettamente dalla più timida Costituzione del 5 marzo 1978), mentre nel 1979 riprende l'attività giuridica complessiva del Paese, interrotta fra il 1963 e il 1965: si rimettono in piedi tribunali, procure e comitati di mediazione e si rifonda un Ministero della giustizia; ricompaiono avvocati e notai di Stato; si legifera (3) e codifica in modo sorprendentemente rapido ed esteso, sancendo in primo luogo la nuova apertura della Cina alle iniziative economiche capitaliste; per colmare un terrificante vuoto legislativo (reale, presunto o psicologico) l'Assemblea Nazionale del Popolo sente il bisogno di confermare la vigenza di oltre 1500 fra leggi, decreti e regolamenti amministrativi promulgati a partire dal 1949 (ma di difficilissimo reperimento!) purchè non contrastanti con la nuova Costituzione.

---

(1) Cfr. questi *Quaderni*, 11-12, p. 1131 ss.

(2) « Per salvaguardare la democrazia popolare è indispensabile rinsaldare il sistema legale socialista in modo che il processo democratico sia garantito da leggi che assicurino stabilità, continuità e piena autorità al sistema democratico e alla stessa legislazione; occorre che esistano leggi che il popolo possa e debba osservare; la loro osservanza deve essere assicurata ed eventuali trasgressioni debbono essere adeguatamente punite ».

(3) Una delle raccolte più complete delle principali leggi promulgate in Cina a partire dal 1979 è quella curata dal sinologo sovietico Gudošnikov: *Kitajskaja Narodnaja Respublika. Konstitucija i zakonodatel'nye akty*, Mosca, 1984. Nonostante la tiratura limitata per il Paese (6000 esemplari), l'opera sottolinea la ripresa di un certo interesse dei giuristi sovietici per il diritto cinese.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si ricomincia a studiare giurisprudenza (*faxue*), verso una laurea sempre più domandata. La moltiplicazione delle facoltà giuridiche (da cui escono soprattutto ricercatori e insegnanti) e degli istituti politico-giuridici (che formano prevalentemente giuristi destinati all'amministrazione, alle professioni giudiziarie e alla pratica), unita alla più recente introduzione di una specializzazione giuridica anche nella scuola media superiore, cerca di soddisfare il fabbisogno crescente di giuristi a tutti i livelli dell'apparato statale.

Il 1979 segna anche la ripresa delle pubblicazioni giuridiche, periodiche o non periodiche, rivolte all'insegnamento o alla pratica, sebbene una buona parte di esse mantenga ancora una circolazione ristretta o riservata (per esempio le raccolte di giurisprudenza e i libri di casi).

L'osservatore smaliziato e provvisto di lunga memoria storica può guardare scetticamente a questa esplosione legalistica talora stupefacente per intensità ingenuità e/o entusiasmo, ma non ignorarla o sottovalutarla.

Nonostante la campagna per la « civiltà spirituale socialista » e la proclamazione (nel 1979) dei « quattro princìpi fondamentali » indiscutibili (4) — le classificazioni numeriche continuano a comandare in Cina ogni dettaglio del pensiero e della vita — le riforme economiche e strutturali progressivamente generalizzate e soprattutto le decisioni degli ultimi mesi (5), volte all'espansione dell'economia di mercato e

(4) La dittatura democratica del popolo, la via socialista, il valore ideologico del marxismo-leninismo-pensiero di Mao e la guida del Partito Comunista Cinese.

La Costituzione vigente (del 4 dicembre 1982) si limita, nel testo (art. 1), a definire la RPC « Stato socialista di dittatura democratica del popolo », che assicura l'osservanza della legalità socialista (art. 5) e si fonda sulla proprietà socialista (onnipopolare o collettiva) dei beni di produzione (art. 6). Soltanto nel preambolo storico-programmatico si precisa che « le popolazioni di tutte le nazionalità della Cina, guidate dal PCC ed armate del marxismo-leninismo-maozedongpensiero, continueranno a difendere la dittatura democratica del popolo e la via socialista, a perfezionare costantemente le varie istituzioni socialiste, a sviluppare la democrazia socialista e a rafforzare la legalità socialista »: sebbene ciò possa apparire ormai non come un fine in se stesso, bensì come uno strumento per realizzare le « quattro modernizzazioni » (dell'industria, dell'agricoltura, della difesa nazionale e della scienza e tecnica) e trasformare il Paese « in uno Stato socialista di alta civiltà e democrazia ».

(5) *Décision du Comité central du Parti communiste chinois sur la réforme du système économique*, in *Beijing Information*, 29 ottobre 1984, inserto. Questa importante decisione è stata adottata il 20 ottobre 1984 dalla terza sessione plenaria del Comitato centrale eletto dal 12° congresso del PCC, e ha indotto qualche politologo a prevedere l'estensione delle nuove autonomie economiche ad altre sfere, o addirittura ad ipotizzare l'uscita della Cina dal totalitarismo.

La « Decisione » per antonomasia avvia su larga scala la riforma economica nelle città, in quei settori produttivi (industria, edilizia, grande distribuzione) che gravitano intorno ai grossi agglomerati urbani, con l'obbiettivo di ridare vitalità alle imprese (*qiye*), secondo il « sistema di responsabilità » ormai generalizzato con successo nelle campagne, e di trasformare gradualmente i piani imperativi in piano indicativi. Gli autori della Decisione sono consapevoli delle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ispirate all'idea che si esprime nel motto « un Paese, due regimi » (6), sembrano smentire i timori diffusi circa la natura e la durata dell'odierno mutamento (7) in uno Stato e un ordinamento giuridico che sembrano progredire secondo curiose oscillazioni pendolari.

2. Restringiamo ora il discorso generale ad alcune osservazioni più specifiche sulla storia del diritto.

Nella primavera del 1979 sul Quotidiano del Popolo (8) appare la risoluzione di un convegno di accademici che invita a studiare la storia del diritto (*fadelishi*) e il diritto straniero (*waiguofa*) (9), così da ricavare dall'una e dall'altro elementi utili al nuovo diritto cinese.

---

maggiori difficoltà che essa comporta poichè « non vi sono esempi di sperimentazioni analoghe a cui la Cina possa fare riferimento » in altri Stati socialisti (*Xinhua*). D'altra parte, nel ricorso ad una economia di mercato generalizzata non vi sarebbe alcun pericolo per la scelta socialista, perchè economia di mercato e pianificazione economica non si contraddicono e non si escludono vicendevolmente, la prima essendo funzionale al sistema sociale (definito tuttora « socialista ») che la governa.

La differenza fra economia socialista ed economia capitalista « non consiste nella questione di sapere se esista o meno un'economia di mercato e se si applichi o non si applichi la legge del valore, ma in quella di sapere se esistano o meno delle classi sfruttatrici, se il popolo lavoratore sia divenuto o meno padrone del Paese e se si applichi o non si applichi la legge del valore a livello della società nel suo complesso; questa differenza risiede anche nella natura della proprietà dei mezzi di produzione, negli scopi della produzione e nella nozione stessa di merce ».

(6) La formula « un Paese, due regimi », creata da Deng Xiaoping, ha consentito e giustifica la legislazione, altrimenti eccezionale, sugli scambi economici con l'estero, la creazione delle zone economiche speciali e il recente accordo con la Gran Bretagna sul futuro stato di Hongkong. Essa viene invocata da parte cinese anche per la soluzione del problema di Formosa. Cfr. *Un événement historique*, in *La Chine en construction*, 1984, 12, p. 2. Illustrata di recente dal suo autorevole proponente (il 22 ottobre 1984, alla terza sessione plenaria della Commissione centrale dei consiglieri del Partito Comunista Cinese: *Deng Xiaoping*: « *un Etat, deux systèmes* », in *Beijing information*, 1985, 5, p. 15), quella formula — contrapposta ai « tre princìpi del popolo » elaborati dal governo di Taiwan — è presentata infatti come concetto strategico e soprattutto come mezzo pacifico (accanto alla formula alternativa dello « sfruttamento in comune ») per la definizione di conflitti internazionali.

(7) Dichiarazioni rassicuranti provengono dalle fonti governative: An Zhiguo, *L'histoire ne se répétera pas* (in *Beijing Information*, 19 novembre 1984, p. 4), perchè « la teoria sottostante la rivoluzione culturale è stata screditata dalla vita stessa ».

(8) *Renmin ribao*, 7 aprile 1979.

(9) Quasi a sottolineare anche in Cina la parentela stretta fra storia e comparazione! I lavori sul diritto straniero sono più numerosi degli studi di carattere storico, e sono stati ulteriormente promossi dal recente e perentorio (cfr. *supra*, nt. 5) invito delle autorità politiche « ad assimilare od esaminare tutti i metodi di gestione avanzata dei Paesi stranieri, che riflettono le leggi della produzione sociale dei tempi moderni, ivi incluse quelle dei Paesi capitalisti sviluppati ». (Il nuovo socialismo alla cinese deve « guardarsi dall'assimilare la povertà al socialismo, il quale al contrario ha come obbiettivo quello di mettere fine alla miseria »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche *Faxue yanjiu*, l'autorevole rivista bimestrale dell'Istituto giuridico presso l'Accademia cinese di scienze sociali, ricomparsa in libreria nell'aprile dello stesso anno, dedica ampio spazio a temi giusstoricistici, secondo una scelta che perdura a distanza di cinque anni ([10]); mentre la stessa rivista ospita un audace dibattito sul problema dell'ereditarietà (*jichengxing*) del diritto che, pur nella distinzione fra « assimilazione », « ereditarietà critica » ed « uso come semplice riferimento » del vecchio diritto cinese, sembra offrire conclusioni favorevoli alla tesi della continuità, almeno parziale, perchè « il marxismo non ha interrotto la storia » ([11]).

Intanto nel primo importante dizionario giuridico (*Faxue cidian*) della Repubblica Popolare, pubblicato a Shanghai nel 1979, grandeggiavano le voci storiche, e i frontespizi del primo libro delle Pandette (con il titolo I, « De justitia et jure », ben evidenziato) e del *Code civil des français* (nell'edizione originaria dell'Anno XII) occupano i posti centrali fra le quattro riproduzioni fotografiche che illustrano l'opera (la prima rappresentando un frammento di leggi della dinastia Qin su rotolo di bambù, l'ultima il frontespizio della Costituzione cinese del 1978).

E il 28 settembre 1979 l'agenzia di stampa *Xinhua* dà notizia della recente costituzione di una società per la storia del diritto cinese, il cui primo simposio ha discusso il problema dell'oggetto e del metodo della storiografia giuridica ed impostato una ricerca pluriennale, destinata a sfociare in una pubblicazione in più volumi, sulla storia del sistema e del pensiero giuridico cinese ([12]).

Nel 1980 le esigenze della didattica portano alla costituzione di una commissione editoriale, composta all'origine da trecento esperti ripartiti in gruppi o comitati di redazione (*bianxiezu*), investita dell'incarico di preparare rapidamente una trentina di manuali sperimentali per l'insegnamento.

È su questo sfondo che va collocata e giudicata la « Storia del sistema giuridico cinese » (*Zhonguo fazhishi*) apparsa a Pechino nel 1982.

([10]) Nel N° 3/1984 di *Faxue yanjiu* (= ricerche di giurisprudenza) quattro dei venti articoli della rivista trattano argomenti di carattere storico: Il principio di legalità nel codice Qin, un digesto di antichi manoscritti giuridici (il *Li Chen Jie*) e un commento allo stesso, osservazioni su un caso di divorzio sotto la dinastia Zhou tratto da un antico poema.

([11]) CRESPI REGHIZZI, *Ricerca giuridica e continuità del diritto in Cina*, in *Rivista di diritto civile*, 1980, I, p. 92 ss.

([12]) Un volume di storia del pensiero giuridico cinese (*Zhonguo falü sixiangshi*) è stato pubblicato a Pechino nel 1982, nella serie dei materiali didattici sperimentali per le facoltà di giurisprudenza prodotti dai gruppi redazionali formati nel 1980 cui si accenna nel testo.

Volumi analoghi sono stati pubblicati dalla stessa casa editrice « Diritto » (*Falü chubanshe*) sul diritto civile (*Minfa yuanli*, ossia « princìpi di diritto civile »), nel 1983, e sul diritto civile straniero (*Waiguo minfa ziliao xuanbian*, ossia « raccolta selettiva di materiali sul diritto civile di Paesi stranieri »), nello stesso anno.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. Scritto e curato da un gruppo di otto specialisti coordinati da Zhang Pufan, il nostro manuale è stato finito di stampare il 1° luglio 1982, tirato in 50.000 copie, pubblicato dalla casa editrice *Qunzhong* e posto in vendita al prezzo di 1,40 yuan (equivalenti a circa mille lire al cambio attuale).

Le 532 pagine del lavoro sono distribuite in venti capitoli, i cui titoli mi è parso utile presentare in versione italiana.

I capitoli seguono, fino al 1911, la successione cronologica delle dinastie, quindi la periodizzazione ufficialmente accolta nella RPC.

Il raggruppamento dei capitoli in quattro parti (periodo schiavista, feudale, semicoloniale e semifeudale, della rivoluzione di nuova democrazia) ci rammenta che il Paese non rinuncia alla propria scelta socialista (pur orientandosi ormai verso lo sviluppo (controllato ma generalizzato) di un'economia di mercato, e aderisce ancora al materialismo storico e dialettico, sebbene il Partito raccomandi (non per la prima volta, ma forse mai finora così esplicitamente) di « combinare i princìpi fondamentali del marxismo con la realtà della Cina » e di seguire la propria strada « onde stabilire un sistema economico socialista alla cinese, pieno di dinamismo e di vitalità » ([13]).

L'orientamento socialista della Cina ci viene ricordato continuamente anche dal gergo politico-giuridico usato nell'opera collettanea, dalle partizioni, dalle concettualizzazioni, dalla terminologia strettamente imparentata, specialmente nell'ultima parte del volume, con il lessico giuridico marxleninistico e il linguaggio dei giuristi sovietici.

In un procedimento uguale ed inverso a quello osservato e teorizzato da Stalin nell'Unione Sovietica ([14]), diritto e linguaggio, nella loro soprastrutturalità atipica e tardigrada, stentano ad adeguarsi alla controrivoluzione, dapprime silenziosa ma gradualmente più fragorosa, succeduta alla rivoluzione culturale. È ancora la rivoluzione (*geming*) protagonista dell'opera di cui si tratta e la legislazione rivoluzionaria (*geminglifa*) il *deus ex machina* di una storia che marcia inesorabile verso l'apoteosi della nuova Cina. E sebbene nella concezione cinese ogni rivoluzione fosse motore della storia e la rivoluzione vittoriosa fattore di legittimazione delle nuove dinastie, non v'è dubbio sul colore della « legislazione rivoluzionaria » analizzata dagli autori come fenomeno positivo nei diversi contesti dell'impero celeste dei Taiping (p. 363), del governo provvisorio di Canton e Wuhan (p. 410) e del regime democratico popolare (Repubblica sovietica, resistenza antigiapponese, guerra di liberazione).

La nostra « storia » del diritto cinese si ferma un istante prima della nascita della Repubblica Popolare, e potremmo ritenere che ciò

([13]) V. *supra*, nt. 5.

([14]) STALIN, *Il marxismo e la linguistica* (trad. MERIGGI), Milano, 1968: l'opera originale è del 1950.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sia stato fatto per prudenza di fronte alle frequenti inversioni di rotta della politica giuridica cinese registrate nel recente passato. L'esperienza dei Paesi del socialismo reale insegna che gli studi sul diritto presocialista (tanto meglio quanto più antico) offrono un grado di sicurezza maggiore per i loro autori.

La Cina è diversa? I curatori di *Zhongguo fazhishi* non nascondono la propria scelta di campo. Ma talvolta si ha l'impressione che la tanto conclamata e ribadita opzione socialista (di un socialismo a contenuto elastico che tende a prendere le distanze da esperienze storiche concrete di Paesi diversi dalla Cina) si riferisca più alla forma che alla sostanza, al linguaggio più che alla formazione attuazione ed evoluzione reale del diritto. Illusionisti senza pari, funamboli del simbolismo, manipolatori di etichette, prestidigitatori dell'ideologia, maghi del trasformismo i cinesi sorridono dietro il nostro imbarazzo e le nostre incertezze.

È innegabile che lo storico cinese del 1982 non sfugge all'influsso della dottrina politica dominante, che solo da poco tempo affronta caute trasformazioni ([15]). Ma il manuale di storia del diritto cinese dei prossimi anni potrebbe essere molto diverso.

La consultazione dell'opera, e i raffronti fra i temi distribuiti nei venti capitoli che la compongono, è resa agevole non solo dal ricordato criterio storico, ma anche dalla omogeneità delle suddivisioni per materia adottate all'interno di ogni capitolo (da tre a cinque sezioni, e da due a cinque paragrafi per ogni sezione).

Lo schema tipico consiste in tre sezioni dedicate rispettivamente alla legislazione in generale, ai suoi contenuti e alle sue caratteristiche, e al sistema di amministrazione della giustizia durante l'epoca dinastica trattata nel relativo capitolo.

Così, per esempio, il capitolo V — circoscritto ai tre lustri (221-206 a.C.) della dinastia Qin — si articola come segue:

Sez. I. La legislazione della dinastia Qin in generale.
1) Il pensiero legislativo.
2) Attività legislative e formalizzazione del diritto.
3) Il *Qinjian* di Yun Meng.

Sez. II. Contenuti e caratteristiche del codice Qin.
1) I contenuti principali del codice Qin.
2) Il sistema delle pene della dinastia Qin.
3) Le caratteristiche fondamentali del codice Qin.

([15]) Non si deve dimenticare che i nostri autori appartengono solitamente ad una generazione di giuristi essenzialmente « metropolitani », formatisi in Cina o (i più fortunati) nell'Unione Sovietica; con rarissimi esempi di persone (specialmente internazionalisti) perfezionatesi in Francia e in Inghilterra. Invece i ventenni di oggi hanno ripreso a studiare in Occidente, e la prima scelta si indirizza verso le Università degli Stati Uniti e le grandi *law firms* nordamericane.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sez. III. Il sistema di amministrazione della giustizia della dinastia Qin.

1) Il controllo dell'imperatore sull'amministrazione della giustizia.
2) Gli organi di amministrazione della giustizia.
3) Il sistema giudiziario e il processo.
4) Il sistema carcerario.
5) Gli organi per il controllo delle attività di amministrazione della giustizia.

Per quanto riguarda le sezioni il medesimo schema si ritrova, con varianti trascurabili, in quindici capitoli su venti, mentre è naturale che possa mutare radicalmente l'intitolazione dei paragrafi.

Accade però talvolta che la sezione centrale del capitolo tratti non le caratteristiche di un codice (Qin, Han, Tang, Ming, Qing), di una legge (il *Kai Huang Lü* della dinastia Sui, il *Fajing* di Li Kui dell'epoca *Zhangguo*, la Costituzione della Repubblica cinese sotto il Guomindang), o di un complesso di leggi determinate (il *Tang Liu Dian*, ossia le sei leggi organiche dei Tang, o i decreti « rivoluzionari » emessi nel 1912 dal Governo provvisorio di Nachino sull'incentivazione all'industria e al commercio, l'eliminazione delle classi e la difesa dei diritti dell'uomo), bensì le « principali trasformazioni del diritto » (*falü*) o del « sistema giuridico » (*falü zhidu*) nel periodo in esame.

Trasformazioni di questa natura, particolarmente significative, sono avvenute durante l'epoca degli Stati Combattenti (475-221 a.C.) con la riforma del sistema giuridico di Shang Yang, segnata dal « governo mediante il diritto » e dal passaggio dal *fa* al *lü*, ossia dalla legge ad una codificazione embrionale (Cap. IV); fra il III e il VI secolo dopo Cristo (quando ebbe luogo una estesa standardizzazione dei concetti giuridici) (cap. VII); sul finire dell'epoca Qing (Cap. XII), nel decennio precedente l'avvento della Repubblica e, naturalmente durante la « rivoluzione di nuova democrazia » (dal 1927 al 1949).

Una quarta (e raramente una quinta) sezione compare là dove un capitolo abbraccia più di una dinastia: per es. nel capitolo VII, in cui due delle cinque sezioni descrivono sinteticamente il sistema giuridico della dinastia Sui e delle Cinque Dinastie; e nel cap. IX, dove le tre sezioni sono dedicate rispettivamente al sistema giuridico delle dinastie Song, Liao e Jin, e Yuan, mentre la tripartizione che poco sopra ho definito « tipica » (legislazione, contenuti e natura delle leggi, amministrazione della giustizia) si cala dalle sezioni ai paragrafi.

Non sorprende che sezioni anomale emergano in capitoli relativi a fasi storiche di carattere eccezionale o particolarissimo, quali furono gli anni del *Taiping Tianguo* (1851-1864) e il trimestre (1912) del ricordato governo provvisorio di Nanchino.

Ammonito dagli estensori, nel primo caso, circa i limiti del fenomeno, i suoi legami con il feudalesimo e i risvolti superstiziosi e religiosi della produzione normativa dei Taiping (p. 363 ss.), il lettore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scorre con curiosità non sempre soddisfatta il paragrafo recante il titolo tanto fantasioso quanto sintomatico: « Le lame taglienti delle leggi non possono essere sempre dirette contro il nemico di classe » (pp. 365-367).

Nel secondo caso (Cap. XIV, sez. 4) la sezione supplementare illustra le esperienze e gli insegnamenti ricavabili dalle iniziative giuridiche del governo provvisorio.

Infine le sezioni si moltiplicano, con fondata ragione, nel capitolo (X, p. 435 ss. e 440 ss.) dedicato al sistema giuridico del Guomindang, dove giustamente trovano collocazione autonoma — per la loro importanza e nonostante le critiche scontate — le leggi penali (*xing*), commerciali (*shang*) e civili (*min*) del GMD (e in primo luogo il codice civile, la legge sui titoli di credito, la legge sulle società e la legge sulla navigazione marittima del 1929, il codice di procedura, la legge fallimentare, il codice penale e il codice di procedura penale del 1935, la legge sul diritto d'autore del 1928, la legge sui marchi del 1930 e la legge sui brevetti del 1944): ossia quel Codice delle Sei Leggi (*Liufa quanshu*) che, fuggito a Formosa sulle navi di Jang Jeshi, esecrato ed abrogato dai comunisti all'alba della liberazione (febbraio od aprile 1949, secondo che si guardi alla direttiva del CC del PCC o al decreto del Governo), sembra oggi tornare a costituire uno dei modelli impliciti od occulti a cui guardano i riformatori di Hua Guofeng.

Non obbedisce (o non aderisce interamente) allo schema tripartito la prima parte del nostro volume: forse la meno discutibile, certo la più nota, non per questo la meno interessante di questa Storia del diritto cinese.

Dalle consuetudini primitive al diritto, attraverso un processo di verbalizzazione e formalizzazione crescente che si protrae per quindici secoli, fino ai grandi dibattiti del periodo Primavera Autunno sull'opportunità della promulgazione di leggi scritte (*chengwenfa*). Dalle antiche leggi di Yü (*Yüxing*) alla contrapposizione del sistema delle pene e del sistema dei riti (*li*), e delle figure storiche (il Marchese di Lü e il duca di Zhou) che rispettivamente li simbolizzano, al secolo (VI-V a.C.) delle grandi trasformazioni e di Confucio, protagonista innominato (solo nell'indice!) di un'epoca caratterizzata — secondo le scelte terminologiche degli autori — dal « crollo del sistema giuridico schiavistico » (p. 53 ss.).

Se le origini storiche inconfutabili del diritto cinese risalgono alla dinastia dei Zhou occidentali, le radici del sistema giuridico della Repubblica Popolare devono essere cercate presso la Repubblica cinese dei Soviet (proclamata nel 1931), nel corso della guerra contro il Giappone (1937-1945), nei princìpi costituzionali delle « regioni confinarie », nei programmi politico-normativi, nelle campagne e nelle riforme attuate — sovente in via sperimentale e graduale — nelle zone liberate tra il 1945 e il 1949.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La Costituzione (*xianfa*), o meglio il suo progetto, le leggi penali e penitenziarie, sull'ordinamento giudiziario, la terra, il lavoro, il matrimonio e i comitati di mediazione — illustrate nella loro formazione e nelle loro periodiche revisioni nell'ultima parte del volume — formeranno con il prepotente apporto del diritto sovietico, fino alla parentesi antilegalistica della rivoluzione culturale, il nucleo principale del rarefatto sistema giuridico della Repubblica Popolare Cinese.

Proprio per questa ragione — dovendo limitarmi per ora alla traduzione di un solo capitolo di questa « Storia » (16) — ho scelto l'ultimo in ordine cronologico, quello che si riferisce ad una fase molto complessa e poco conosciuta della formazione del diritto cinese contemporaneo. Ma il campione non è necessariamente rappresentativo, e la scelta forse infelice non deve scoraggiare dal proseguire la traduzione di un'opera ancora quasi unica nel suo genere e indispensabile per ogni studioso della Cina.

STORIA DEL SISTEMA GIURIDICO CINESE
(*Zhongguo falüshi*)

[a cura della] Commissione editoriale per i materiali didattici di giurisprudenza.

Gruppo redazionale per la « storia del sistema giuridico cinese ». [composto da]: Zhang Pufan (capo redattore), Qiao Wei (vice), You Shaoyin (vice), Zhang Jing, Shen Guofeng, Fang Keqin, Yang Yonghua, Zhang Xipo, Wang Shaotang.

Pechino, 1982 (17).

INDICE

Presentazione.

Premessa.

Parte I. IL SISTEMA GIURIDICO NEL PERIODO SCHIAVISTA.

Cap. I. *Il sistema giuridico nei periodi Xia e Shang (2100-1100 a.C. circa).*

Cap. II. *Il sistema giuridico dei Zhou Occidentali (1000-770 a.C.).*

Cap. III. *La trasformazione del sistema giuridico nel periodo Qunqiu (Primavera Autunno, 770-476 a.C.).*

Parte II. IL SISTEMA GIURIDICO FEUDALE.

Cap. IV. *Il sistema giuridico del periodo Zhanguo (Stati Combattenti, 475-221 a.C.).*

---

(16) La traduzione è stata resa possibile grazie a un contributo finanziario del « Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno ».

(17) Traduzione di Paola Paderni e Gabriele Crespi Reghizzi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cap. V. *Il sistema giuridico della dinastia Qin (221-206 a.C.).*

Cap. VI. *Il sistema giuridico della dinastia Han (206 a.C.-220 d.C.).*

Cap. VII. *Il sistema giuridcio durante il periodo dei Tre Regni e delle dinastie del Nord e del Sud (220-581 d.C.).*

Cap. VIII. *Il sistema giuridcio del periodo Sui, Tang e delle Cinque Dinastie (581-960).*

Cap. IX. *Il sistema giuridico delle dinastie Song, Liao, Jin e Yuan (960-1368).*

Cap. X. *Il sistema giuridico della dinastia Ming (1368-1644).*

Cap. XI. *Il sistema giuridico della dinastia Qing (1644-1840).*

Parte III. IL SISTEMA GIURIDICO NELLA SOCIETÀ SEMICOLONIALE E SEMIFEUDALE.

Cap. XII. *Il sistema giuridico della dinastia Qing dopo la guerra dell'oppio (1840-1911).*

Cap. XIII. *Il sistema giuridico del Taiping Tianguo (1851-1864).*

Cap. XIV. *Il sistema giuridico del governo provvisorio di Nanchino (gennaio 1912 - marzo 1912).*

Cap. XV. *Il sistema giuridico del governo de nord (Beiyang, 1912-1928).*

Cap. XVI. *Il sistema giuridico del governo nazionale di Canton e Wuhan (luglio 1925 - luglio 1927).*

Cap. XVII. *Il sistema giuridico del governo del Guomindang (1927-1949).*

Parte IV. IL SISTEMA GIURIDICO DEL REGIME DEMOCRATICO POPOLARE DURANTE LA RIVOLUZIONE DI NUOVA DEMOCRAZIA.

Cap. XVIII. *Il sistema giuridico del regime democratico degli operai e contadini (1927-1937).*

Cap. XIX. *Il sistema giuridico del regime democratico durante la guerra contro il Giappone (1937-1945).*

Cap. XX. *Il sistema giuridico del regime democratico popolare durante il periodo della guerra di liberazione (agosto 1945 - settembre 1949).*

Sez. I. I princìpi costituzionali e il programma di governo.
1) I princìpi costituzionali della regione di confine Shaanxi, Gansu, Ningxia.
2) I programmi di governo dei governi popolari delle zone liberate.

Sez. II. Contenuti e caratteristiche della legislazione rivoluzionaria del regime democratico popolare.
1) Il grande progetto di legge sulla terra.
2) I tre grandi programmi economici della rivoluzione di nuova democrazia e la legislazione civile.
3) La legislazione sul lavoro.
4) La legislazione penale.

Sez. III. Il sistema di amministrazione della giustizia del regime democratico popolare.
1) Soppressione degli organi reazionari di amministrazione della giustizia ed istituzione dei tribunali popolari a tutti i livelli.
2) Nuovo sviluppo del sistema di amministrazione della giustizia.
3) Abrogazione del Codice delle Sei Leggi del Guomindang ed adozione dei princìpi di amministrazione della giustizia utilizzati nelle zone liberate.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Capitolo XX (pp. 512-532).

Il sistema giuridico del regime democratico popolare durante la guerra di liberazione.

Agosto 1945 - settembre 1949.

La guerra di liberazione popolare durò dall'agosto 1945 al settembre 1949. Il Partito Comunista Cinese (PCC), alla testa dell'intera popolazione, sventò gli attacchi militari del Guomindang (GMD), distruggendone completamente il dominio reazionario e ponendo solide basi per la costituzione della Repubblica Popolare Cinese (RPC).

I governi democratici popolari delle zone liberate, per difendere le vittorie ottenute durante la guerra di liberazione e garantire l'ordine pubblico in vista di riforme democratiche e dell'opera di ricostruzione, cominciarono ad occuparsi attivamente di problemi legislativi. Si ottennero così importanti risultati per la realizzazione di un sistema giuridico democratico popolare.

I. *I princìpi costituzionali e il programma di governo.*

1) *I princìpi costituzionali della regione di confine Shaanxi, Gansu, Ningxia.*

Dopo la vittoria nella guerra contro il Giappone si rese necessario fondare un sistema giuridico rivoluzionario e democratico per avviare l'opera di ricostruzione con la mobilitazione generale della popolazione. Il 23 aprile del 1946 la prima sessione della III Conferenza di governo della regione di confine Shaanxi, Gansu, Ningxia approvò i « Princìpi costituzionali della regione di confine Shaanxi, Gansu, Ningxia ». Il documento era diviso in cinque parti: « organizzazioni politiche », « diritti del popolo », « giustizia », « economia » e « cultura ».

1) Per quanto riguarda le organizzazioni politiche fu deciso che « le assemblee dei rappresentanti del popolo ai tre livelli (*qu*, *xian*, e *xiang*) fossero gli organismi politici di controllo popolare ». Venivano così fissati gli organi di potere del governo democratico popolare a tutti i livelli, e si preparava il passaggio graduale dalle conferenze di governo (*canyihui*) del periodo di guerra al sistema delle assemblee popolari. I rappresentanti delle assemblee a tutti i livelli venivano eletti dal popolo con il sistema del voto universale, diretto, eguale e segreto. Le assemblee dei rappresentanti eleggevano quindi il comitato di governo che fungeva da organo di gestione del governo popolare.

2) Per quanto riguarda i diritti del popolo fu stabilitio che la popolazione godesse di ogni libertà politica, sotto la direzione e con l'aiuto materiale del governo. La popolazione aveva il diritto di armarsi. Le donne ottennero diritti speciali, che si aggiungevano al prin-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cipio di eguaglianza con gli uomini. Si rifiutò di discriminare tra nazionalità diverse, e nei territori abitati da minoranze etniche furono istituiti governi nazionali autonomi dotati di una competenza normativa (regolamentare) autonoma, purchè non confliggente con i princìpi costituzionali.

3) Per quanto riguarda il sistema di amministrazione della giustizia fu stabilito che « gli organi giudiziari ad ogni livello esercitassero il loro potere in piena autonomia, nell'osservanza della legge e liberi da qualsiasi interferenza ». Furono, inoltre, fissati princìpi importanti del sistema giudiziario, mentre si vietò a qualsiasi organizzazione collettiva di arrestare e processare. Solo gli organi giudiziari e di polizia potevano ormai esercitare questo potere secondo la legge. A coloro che violavano la legge si applicava il principio dell'aiuto attraverso la persuasione e l'insegnamento.

4) Nel settore dell'economia fu garantito « ai coltivatori il proprio campo, ai lavoratori la propria attività, alle imprese lo sviluppo ».

5) Per quanto riguarda la cultura e l'insegnamento, infine, si auspicò la rapida eliminazione dell'analfabetismo, la diminuzione delle malattie infettive, la garanzia della libertà di studio e la promozione dello sviluppo scientifico.

Sulla base di questi princìpi si cercò di formulare concretamente gli articoli della costituzione. Nel giugno del 1946 si pervenne alla elaborazione della prima « Bozza di costituzione della regione di confine Shaanxi, Gansu, Ningxia », che fu presentata al comitato permanente dell'assemblea dei rappresentanti. Dopo discussioni e modifiche essa fu sottoposta alla seconda sessione della III Conferenza di governo della regione confinaria per l'approvazione.

Poco dopo, però, i lavori per la stesura della costituzione dovettero essere sospesi a causa dell'attacco militare da parte del GMD. I ricordati « princìpi costituzionali » [benchè allo stato di progetto], divennero lo statuto provvisorio applicato nella zona di frontiera Shaanxi, Gansu, Ninxia e un documento normativo importante e rappresentativo nel periodo precedente la terza guerra rivoluzionaria civile.

2) *I programmi di governo dei governi popolari delle zone liberate.*

Durante la guerra di liberazione, attraverso il continuo estendersi dei territori liberati, si formarono progressivamente alcune grandi zone liberate: la zona di confine Shaanxi, Gansu, Ningxia, la zona del Dongbei (nord-est), del Huadong, del Zhongyang, del Huabei, e quella autonoma della Mongolia Interna.

I governi popolari di queste zone liberate fissarono dei propri programmi di governo. Per esempio, quando si formò il comitato di go-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verno del Dongbei, nell'agosto del 1946, fu steso il « Programma comune di governo della regione e delle città del Dongbei ». Così il primo maggio 1947, l'assemblea popolare della Mongolia Interna approvò il « Programma di governo del governo della Mongolia Interna ». Analogamente, la zona confinaria Shaanxi, Gansu, Ningxia e quella di Shanxi e Chabar, nell'agosto del 1948, convocarono congiuntamente l'assemblea provvisoria del Huabei che approvò i « Princìpi di governo del governo popolare del Huabei ».

Dai programmi di governo di queste zone liberate emergevano alcuni indirizzi e contenuti essenziali:

1) Tali programmi stabilivano innanzitutto i compiti principali dei governi popolari delle zone liberate: continuare a sostenere la guerra di liberazione con tutte le forze umane e materiali fino alla vittoria in tutto il Paese; ripristinare e sviluppare progressivamente la produzione e avviare il lavoro di ricostruzione nelle zone liberate; attuare un governo democratico in difesa degli interessi e dei diritti della popolazione; formare quadri e specialisti per fondare le basi di una nuova Cina.

2) Per consolidare il potere ed erigere un sistema di assemblee di rappresentanti popolari ad ogni livello, si ritenne necessario e prioritario, appoggiandosi alle leghe di contadini poveri e alle associazioni contadine nate durante la riforma agraria, il ricorso all'elezione popolare diretta di due assemblee, una corrispondente all'unità di produzione ed una a livello di villaggio. Il potere ad esse conferito sarà poi trasferito ai distretti o *xian* in corso di costituzione. Si decise inoltre che nelle assemblee e nei governi popolari (ma soprattutto dal livello di *xian* in su) fossero rappresentati tutti gli strati democratici, compresi gli operai, i contadini, i lavoratori indipendenti, i liberi imprenditori, gli intellettuali, la borghesia e gli ecclesiastici, affinchè tutti potessero esercitare il loro potere e le loro funzioni. Il Partito Comunista aveva il dovere di collaborare con i rappresentanti dei governi democratici a tutti i livelli con un programma comune.

3) Furono garantite le libertà democratiche legittime, compresa la libertà di parola, di stampa, di riunione, di associazione, di fede religiosa, di trasferimento e di viaggio. Furono inoltre garantite la libertà individuale e la sicurezza personale. Tutte le persone maggiorenni (ovvero tutti coloro che avevano compiuto 18 anni), con eccezione dei malati di mente e di coloro a cui erano stati negati i diritti civili, senza distinzione di sesso, razza, classe, mestiere, fede religiosa e grado di educazione, godevano del diritto di elettorato attivo e passivo. In base al principio di eguaglianza tra uomini e donne si decise di stimolare l'attivismo delle donne nella ricostruzione economica per elevarne il livello in campo politico, economico e culturale. Si vietarono la compravendita di donne a scopo di matrimonio, i ma-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trimoni combinati e qualsiasi altro intervento estraneo nell'unione matrimoniale.

4) Sulla base del principio dell'eguaglianza tra razze e del diritto di autogoverno per le minoranze etniche, fu fondata, nel maggio del 1947, la regione autonoma della Mongolia Interna. Retta da un « governo democratico ad autonomia regionale della confederazione mongola e di tutte le nazionalità della Mongolia Interna », essa era una parte indivisibile del Paese. Il governo autonomo della Mongolia Interna fu il primo, il più esteso e quello che ebbe uno sviluppo più rapido tra le regioni autonome abitate da minoranze. Esso non solo funse da modello per tutte le altre regioni autonome, ma rappresentò anche, allo stesso tempo, un'importante esperienza nella risoluzione del problema delle minoranze etniche e dell'edificazione statale della nuova Cina. Esso mostrò che un Paese composto, come la Cina, da più nazionalità, poteva organizzarsi solamente in Stato unitario e non in « unione federale ». Esso mostrò, inoltre, che la autonomia regionale delle nazionalità era il criterio politico fondamentale per una corretta risoluzione del problema delle nazionalità. Difendendo l'unità del Paese, tale criterio era suscettibile altresì, con misure appropriate alle condizioni locali, di stimolare e sviluppare l'iniziativa delle popolazioni di queste regioni, garantendone i diritti e gli interessi.

5) L'esigenza di difendere e ricostruire le città da poco liberate impose di eliminare le forze armate reazionarie, e soprattutto i criminali di guerra e i controrivoluzionari di cui fosse provata la partecipazione a gravi crimini. Coloro che resistettero con le armi o commisero atti di sabotaggio furono arrestati e puniti. A tutti gli altri, impiegati negli organismi governativi, economici e culturali, un apposito comitato per gli affari militari, nominato dall'esercito di liberazione e dal governo, ordinò di rimanere al proprio posto originario e di salvaguardare beni e documenti senza intralciare il lavoro o sabotarlo, in attesa di verifica e/o trasferimento.

Alcuni di costoro vennero premiati perchè meritevoli, altri puniti e altri mantenuti nei loro incarichi precedenti. Anche i membri della polizia e del *baojia* non furono assoggettati a un provvedimento generale di incarcerazione ma trattati singolarmente in base alle circostanze specifiche.

Gli stranieri transitanti o residenti nelle zone liberate e che si mostrarono rispettosi della sovranità cinese e degli ordini del governo popolare furono protetti, e fu loro permesso lo svolgimento di attività culturali e religiose legittime.

Si adottarono inoltre altre misure concrete in campo militare, economico e culturale, così che è lecito affermare che i programmi di governo testè delineati costituirono la base legislativa del potere popolare nelle zone liberate.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II. *Contenuti e particolarità della legislazione rivoluzionaria del regime democratico popolare.*

1) *Il grande progetto di legge sulla terra.*

Dopo la vittoria nella guerra contro il Giappone, il Comitato Centrale (CC) del PCC, per risolvere il problema delle terre dei contadini, pubblicò il 4 maggio 1946 la « Direttiva concernente l'eliminazione dei traditori e la questione agraria » (conosciuta come « Direttiva 4 maggio »). La sua caratteristica fondamentale era il passaggio dalla politica della « riduzione dei fitti e degli interessi » a quella della confisca delle terre appartenenti ai proprietari terrieri e della loro distribuzione ai contadini. Da quel momento cominciò nelle zone liberate il vasto movimento di riforma agraria.

Nel settembre 1947, il PCC tenne nel distretto di Pingshan, nella provincia del Hebei, una conferenza nazionale sulla questione agraria. Durante tale conferenza furono analizzate la situazione del sistema fondiario cinese e l'esperienza delle riforme agrarie applicate da alcuni anni, in particolare di quella scaturita dalla « Direttiva 4 maggio ». In quella occasione fu abbozzato il « Grande progetto di legge sulla terra », mentre il 10 ottobre 1947 fu resa pubblica una risoluzione del CC del PCC [sulla stessa materia]. Il progetto di legge non solo riaffermava il principio « confiscare la terra ai proprietari terrieri e distribuirla ai contadini », già contenuto nella « Direttiva 4 maggio », ma correggeva le eccessive facilitazioni concesse ai proprietari terrieri. Nelle sue caratteristiche fondamentali il progetto impediva che la proprietà fondiaria dei precedenti proprietari terrieri e dei contadini ricchi superasse in superficie quella dei semplici contadini e metteva al bando la politica erronea applicata dal 1931 al 1934, in virtù della quale « i proprietari terrieri non dividono la terra, i contadini ricchi dividono solo quella cattiva ».

Ecco in sintesi, il contenuto del progetto di legge sulla terra:

1) « Abolizione del sistema fondiario di sfruttamento feudale e semifeudale ed attuazione del principio agrario della terra ai coltivatori ». Sulla base di questo principio generale si decise concretamente di « abolire la proprietà privata sulla terra di tutti i [preesistenti] proprietari fondiari ». Ciò significò « abolizione della proprietà privata delle terre appartenenti a templi confuciani, buddisti, taosti, scuole, enti ed associazioni », ed « estinzione di tutti i debiti contratti nei villaggi prima della riforma agraria » (la popolazione era indebitata a seguito di grossi prestiti contratti con proprietari terrieri, contadini ricchi e usurai). Allo stesso modo furono sciolti i vecchi contratti ed estinte le vecchie obbligazioni ed inoltre si decise « la confisca del bestiame, degli attrezzi agricoli, delle case, del grano e di tutti gli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altri beni dei proprietari terrieri » e la tassazione degli stessi beni (ritenuti superflui) se appartenenti a contadini ricchi ».

2) Determinazione dei criteri di distribuzione del suolo e di assegnazione della proprietà terriera. La distribuzione, unificata ed ugualitaria, veniva effettuata prendendo come unità il villaggio e sulla base della sua popolazione complessiva, senza distinzioni tra uomini e donne, giovani e anziani. Per quanto riguarda la quantità della terra, essa veniva tolta a chi ne possedeva in eccesso ed assegnata a chi ne aveva poca. Ma la terra veniva anche ripartita sulla base della qualità, così che tutta la popolazione del villaggio divenisse proprietaria di parcelle omogenee di terra. Il governo, oltre a rilasciare il certificato di proprietà della terra, concedeva la libertà di svolgervi alcune attività economiche e commerciali, e in alcuni casi speciali anche il diritto di concederla in affitto. Agli antichi proprietari terrieri e ai loro familiari vennero distribuiti la stessa terra e gli stessi beni assegnati agli altri contadini, mentre ai traditori, ai nemici della patria e ai criminali di guerra non fu concesso nulla. I familiari di quest'ultimi, che non avessero commesso crimini, potevano tuttavia ottenere la terra ed alcuni beni qualora ne facessero espressa richiesta.

3) Definizione della politica di protezione dell'industria e del commercio e divieto di pregiudizio ai contadini medi. Il presidente Mao aveva indicato: « Il bersaglio della riforma agraria è, ed è necessario che lo sia, il sistema di sfruttamento feudale dei proprietari fondiari e dei contadini ricchi di vecchio tipo. Non bisogna recare danno alla borghesia nazionale nè alle attività industriali e commerciali controllate dai proprietari terrieri e dai contadini ricchi. Bisogna soprattutto fare attenzione a non danneggiare i contadini medi, i lavoratori autonomi, gli imprenditori individuali e i contadini ricchi di nuovo tipo che non hanno sfruttato o che lo hanno fatto in modo lieve ». In breve, durante la riforma agraria, non solo si tracciò una netta demarcazione tra sfruttamento e non sfruttamento, ma si distinse anche tra sfruttamento feudale e sfruttamento non feudale.

Sulla base di questi princìpi generali ogni governo popolare locale adottò regole e modalità diverse di applicazione. I contadini delle zone liberate vennero mobilitati e si dette il via al grandioso movimento di riforma agraria.

Sotto la guida della giusta linea del partito, e attraverso dura lotta, il movimento di riforma agraria nelle zone liberate ottenne una grande vittoria. Nel giugno del 1946, in un territorio abitato da 150 milioni di persone, era stato eliminato completamente il sistema di proprietà feudale della terra e si applicava ormai il principio « la terra a chi la lavora ». Mentre in alcune zone da poco liberate trovava ancora attuazione la formula della « riduzione dei fitti e degli interessi ».

Attraverso il movimento di riforma agraria una gran parte dei contadini si liberò dal giogo dell'oppressione e dello sfruttamento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Essi si organizzarono in società contadine e in leghe di contadini poveri, rafforzando in questo modo l'alleanza con gli operai sotto la guida del partito. Inoltre, su questa base, fu instaurato il regime rivoluzionario e si organizzarono i gruppi delle milizie popolari destinati a rafforzare la dittatura democratica popolare.

Il movimento di riforma agraria fece crollare il dominio dispotico dei proprietari fondiari. « Sul fronte attaccare le armate di Jiang, in retrovia spazzarne le radici »: così in tutte le zone liberate furono cancellate le basi sociali del GMD reazionario. Durante la lotta per la riforma agraria, i contadini entrarono a far parte dell'esercito di liberazione e parteciparono alla guerra. Fu così che la guerra di liberazione acquistò una notevole forza di riserva, riuscendo a realizzare le condizioni fondamentali per vincere il nemico.

Con la riforma agraria si modificarono i rapporti di produzione nelle campagne liberando nuove forze produttive. I contadini, ormai affrancati, divennero molto attivi nella produzione, organizzandosi ben presto in diversi tipi di associazioni di mutuo soccorso. In questo modo si riuscì a riparare i gravi danni subìti nelle campagne durante la guerra, e al contempo si migliorarono le condizioni di vita degli stessi contadini. Da questi nuovi rapporti di classe nelle campagne scaturiranno cambiamenti fondamentali.

Da ultimo, nella battaglia per la riforma agraria furono applicati i princìpi politici, le strategie di lotta e la legge sulla terra che contribuirono a creare concreti metodi di lavoro e ad accumulare un'esperienza più ricca e più completa. Si crearono così premesse utili per l'estensione del movimento di riforma agrario a tutto il territorio nazionale dopo la fondazione della RPC.

2) *I tre grandi programmi economici della rivoluzione di nuova democrazia e la legislazione civile.*

Il presidente Mao nel suo discorso su « La situazione attuale e i nostri compiti » aveva indicato: « Confiscare la terra della classe feudale e consegnarla ai contadini; confiscare il capitale monopolistico dominato da Jiang Jieshi, T. V. Soong, H. H. Kung e Chen Lifu e consegnarlo allo Stato di nuova democrazia; proteggere l'industria e il commercio della borghesia nazionale: sono questi i tre grandi programmi economici della rivoluzione di nuova democrazia » (Mao Zedong, *Opere Scelte*, vol. IV, p. 168, Pechino, 1975).

Per applicare i tre grandi programmi economici, il regime di nuova democrazia emanò alcuni decreti legislativi di carattere civile.

1. Il decreto sulla confisca del capitale burocratico.

Il cosidetto capitale burocratico era nient'altro che il capitale monopolistico di Stato, feudale e da *compradores*, controllato dalla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cricca di Jiang Jieshi. Esso costituiva la base economica del regime reazionario del GMD, ed uno dei primi obbiettivi della rivoluzione di nuova democrazia fu proprio quello di confiscare tale capitale burocratico e di eliminare i rapporti di produzione feudali e da *compradores*, liberando così nuove forze produttive sociali. Diversi proclami e direttive furono emanati dagli organi competenti del governo militare per sottoporre a controllo le imprese a capitale burocratico e difendere la proprietà del popolo. Per esempio il « proclama dell'esercizio popolare di liberazione » dichiarava: « Il governo popolare prenderà in consegna tutte le fabbriche, i negozi, le banche, i depositi, le navi, le banchine, le ferrovie, i servizi postali, telegrafici, telefonici, di illuminazione elettrica e di fornitura d'acqua, le fattorie, i centri d'allevamento, ecc. gestiti dal governo reazionario del GMD e dei grandi burocrati » (Mao Zedong, *op. cit.*, vol. IV, p. 410). Ma non era permesso prendere in consegna [alcuno di questi beni] senza l'autorizzazione degli organismi superiori. Inoltre — secondo il proclama — « non bisogna chiamare capitale burocratico tutte le imprese industriali e commerciali del GMD e quindi confiscarle. Per quelle gestite dal GMD a livello di governo centrale, provinciale e comunale è necessario applicare il principio del controllo da parte del governo democratico ... Anche le imprese dei grandi burocrati del GMD devono essere trattate secondo i princìpi e le modalità sopra esposte. Invece alle imprese industriali e commerciali dei piccoli burocrati non deve essere applicata la regola che prevede la confisca ». Infine il proclama stabiliva che « ai capitalisti nazionali che possedessero azioni in imprese industriali, commerciali, agricole o di allevamento, sarebbe stato riconosciuto, dopo accurata verifica, il diritto di proprietà su tali azioni » (Mao, *op. cit.*, vol. IV, p. 410).

2. I decreti sulla protezione delle imprese industriali e commerciali nazionali.

Durante la fase della rivoluzione di nuova democrazia, un principio politico, applicato con fermezza, fu quello di proteggere le attività industriali e commerciali nazionali. Il capitale privato occupava allora la seconda posizione nell'industria di tipo moderno, e per questo motivo esso era una forza che non poteva essere ignorata. Inoltre la borghesia nazionale e i suoi rappresentanti, che avevano subìto l'oppressione e le limitazioni dell'imperialismo, del feudalesimo e del capitalismo burocratico, molto spesso avevano partecipato alla lotta della rivoluzione popolare democratica, o mantenuto almeno una posizione neutrale. Per questi motivi e per le condizioni di arretratezza economica della Cina fu assolutamente necessario — per un periodo di tempo abbastanza lungo dopo la vittoria della rivoluzione — utilizzare il dinamismo del capitalismo privato, tanto nelle città quanto nelle campagne, per sviluppare l'economia nazionale. « Ovunque si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

estenderà il potere dello Stato di nuova democrazia — scriveva Mao — esso dovrà proteggere queste classi con fermezza e senza esitazione » (Mao, *op. cit.*, vol. IV, p. 168). Questi princìpi generali furono formulati in termini di legge nel « Grande progetto di legge sulla terra », nel « Manifesto dell'esercito popolare di liberazione » e nel « Proclama dell'esercito popolare di liberazione », e tutti i governi di liberazione locali promulgarono proclami e decreti analoghi.

L'esperienza ha mostrato che il punto nodale per una corretta applicazione della politica di protezione delle attività industriali e commerciali consistette nel tracciare una netta demarcazione all'interno di tre ordini di fenomeni: 1) sfruttamento feudale e sfruttamento capitalistico; 2) capitalismo burocratico e capitalismo nazionale; 3) inclinazioni politiche reazionarie dell'ala destra della borghesia e differenze al suo interno sul piano economico.

3. I decreti sul problema della casa nelle grandi città.

Subito dopo la liberazione, l'accrescersi delle contese per ottenere una casa nelle città di grandi e medie dimensioni evidenziò uno dei problemi cruciali che richiedevano un'immediata soluzione. Gli organi competenti del governo militare promulgarono una serie di decreti che, tracciando la politica del partito in materia di alloggi, si proponevano di risolvere questo problema e di dare inizio alla riparazione e alla costruzione di nuove abitazioni. Ivi si stabilirono i princìpi fondamentali della politica della casa e i principali metodi di attuazione dei medesimi.

I) Terreni ed immobili appartenenti al capitale burocratico, previa verifica, passavano sotto il controllo del governo. Gli immobili appartenenti ai criminali di guerra e ai controrivoluzionari divenivano proprietà statale in seguito a sentenza del tribunale.

II) Si riconosceva, in linea generale, la proprietà privata delle case e veniva protetto il diritto di proprietà delle imprese private legittime. Si faceva divieto a qualsiasi organismo, ente o persona fisica, di occupare arbitrariamente abitazioni private. Era permessa la compravendita delle case, ma era vietata la speculazione e la distribuzione di case non autorizzata. Tutte le proprietà immobiliari e fondiarie dovevano essere registrate e sottoposte al pagamento di una imposta.

III) I canoni di locazione dovevano essere stabiliti d'intesa tra le due parti (proprietario ed inquilino) su una base di giustizia ed equità. L'inquilino pagava il canone di locazione in base agli accordi presi e il proprietario gli garantiva il diritto alla casa. Il canone di locazione non doveva essere né troppo alto, per proteggere gli interessi della grande massa dei lavoratori, né troppo basso, per invogliare i proprietari a ricostruire le loro case. Ai proprietari, autorizzati a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

detrarre i costi del deprezzamento e della manutenzione, veniva garantito un margine di profitto. Una casa locata non poteva essere richiesta dal proprietario, tranne nel caso in cui egli vi si dovesse trasferire, o per il tempo necessario per eventuali riparazioni. In questi casi era comunque necessaria una notifica all'inquilino, effettuata con almeno tre mesi d'anticipo. Inoltre in base all'accordo preso in sede contrattuale, o secondo gli usi, era necessaria la corresponsione all'inquilino di una determinata somma di danaro per il trasloco.

IV) Il governo garantiva e verificava che i proprietari effettuassero le riparazioni necessarie, e sollecitava i privati a costruire nuove abitazioni. Nel caso in cui si rendesse necessaria la riparazione di una casa, questa era in generale a carico del proprietario (a meno che non fossero stati presi accordi diversi o che esistessero usi diversi). In assenza del proprietario, o nel caso di un suo rifiuto, le spese per la riparazione erano a carico dell'inquilino, che poteva poi sottrarle mensilmente dal canone.

V) Per le controversie che le parti non fossero in grado di risolvere direttamente si poteva richiedere l'arbitrato governativo, o ricorrere in tribunale ad istanza di una parte.

L'emanazione di queste direttive servì a difendere la grande maggioranza della popolazione ed ad eliminare ogni tipo di arbitrarietà. Proprietari ed inquilini stipularono i contratti di locazione in base alla nuova disciplina. Sia i governi locali che gli organi giudiziari presero le misure più atte a risolvere le molte controversie e a normalizzare questi rapporti, ristabilendo così l'ordine sociale nelle città. I proprietari continuarono a riparare o ad ingrandire le loro case.

Tutto ciò ebbe un ruolo indiscusso nella soluzione del problema della casa.

3) *La legislazione sul lavoro.*

Nel mese di agosto del 1948 si tenne la VI conferenza nazionale sul lavoro. Nel corso dei lavori, sulla base delle direttive del partito «sviluppare la produzione, migliorare l'economia, prendere in considerazione il pubblico e il privato ed il duplice interesse dei lavoratori e dei capitalisti», si sintetizzò tutta la precedente legislazione sul lavoro. E nella «risoluzione sui doveri degli impiegati e degli operai cinesi» vennero esposti i princìpi generali della legislazione sul lavoro. In seguito i governi popolari locali continuarono a emanare risoluzioni e decreti sui diversi problemi riguardanti il lavoro.

I principali contenuti della risoluzione erano i seguenti:

1) Si affermava il diritto della classe operaia di organizzare il sindacato. La conferenza nazionale sul lavoro decideva, in particolare, di ricostituire il «sindacato generale cinese», nel cui statuto venivano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

definite le varie organizzazioni degli impiegati e degli operai, venivano approvati gli statuti dei singoli sindacati e veniva accettata la loro adesione volontaria al sindacato generale: tutti gli iscritti ai singoli sindacati, senza distinzioni, vi erano accolti come membri. In tutte le imprese, organizzazioni e scuole il salario era la principale fonte di sussistenza. Inoltre, la legge distingueva tra lavoro manuale e lavoro intellettuale, mentre non effettuava distinzioni di razza, sesso o religione. L'assemblea plenaria dei rappresentanti degli impiegati e operai cinesi diventava l'organo di governo del sindacato, e il comitato eletto dell'assemblea plenaria il suo organo di direzione più elevato.

2) Si deliberava l'istituzione di un comitato di gestione di fabbrica e di un'assemblea dei rappresentanti degli impiegati e degli operai in ogni luogo di lavoro.

Per attuare la direttiva concernente il controllo sulla produzione da parte della classe operaia, nell'agosto del 1949 il governo popolare della Cina del nord emanò il « Regolamento per l'istituzione dei comitati di gestione e delle assemblee dei rappresentanti degli impiegati ed operai nelle fabbriche e nelle imprese statali e sociali ». Esso stabiliva che il comitato di gestione fosse composto dal direttore della fabbrica, da un ingegnere capo, dal presidente del sindacato di fabbrica e da un gruppo di rappresentanti degli operai ed impiegati. Il comitato di gestione era l'organismo amministrativo di direzione unificata e aveva la facoltà di decidere sui problemi più importanti relativi alla produzione e alla conduzione delle fabbriche e delle imprese. L'assemblea dei rappresentanti degli impiegati ed operai, eletta dai gruppi di base dei reparti di produzione, aveva la facoltà di ascoltare e discutere i rapporti del comitato di gestione. Tutte le decisioni dell'assemblea dei rappresentanti, relative alla conduzione della fabbrica, erano soggette all'approvazione del comitato di gestione e divenivano operative dal momento della loro pubblicazione ad opera del direttore della fabbrica.

[Anche] nelle imprese private, in misura e con gradualità diversa secondo le diverse condizioni, vennero istituiti questi tipi di organismi per ampliare la funzione di controllo della classe operaia.

3) In tema di orario di lavoro e salari, in base alle necessità dell'epoca, si stabiliva, in linea di massima, l'orario di lavoro di 8/10 ore giornaliere, con un giorno di riposo settimanale. La politica salariale si ispirava al principio di salvaguardare i livelli di vita più bassi. Per evitare l'influenza delle fluttuazioni dei prezzi si instaurò dovunque un sistema di « punti salario », basato sui prezzi dei beni di prima necessità, mentre veniva elaborato un sistema di salari differenziati per categorie.

Per difendere il lavoro delle donne, dei giovani e dei bambini, ogni governo locale stabilì norme particolari.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4) Per proteggere la salute e la sicurezza sul lavoro degli operai ed impiegati fu emanato ad Harbin, nel giugno 1949, un « Regolamento metodologico provvisorio per il miglioramento della sicurezza nelle fabbriche ». I governi delle zone dello Shenxi, Gansu e Liaoning decisero, nell'ottobre del 1949, di abolire l'impiego dei bambini nelle miniere di carbone.

I governi locali adottarono inoltre provvedimenti specifici in materia di prevenzione e assistenza nel caso di infortuni, vecchiaia, malattie ecc. Nel dicembre 1948 il comitato di governo del Dong Bei emanò il « Regolamento provvisorio per la sicurezza sul lavoro nelle imprese sociali del Dong Bei in tempo di guerra », da applicarsi sperimentalmente nelle imprese statali come ferrovie, miniere, fabbriche militari, e organizzazioni di provvigionamento, nelle poste e telecomunicazioni, nelle centrali elettriche e nelle aziende tessili. La normativa fu poi estesa a tutte le altre fabbriche.

5) Resta da fare un accenno al problema delle vertenze tra lavoratori e capitalisti e della regolamentazione dei contratti collettivi.

Nel luglio 1949 la « Conferenza nazionale del sindacato sul lavoro » approvò tre documenti concernenti il problema dei rapporti tra lavoratori e capitalisti. (« Trattamento provvisorio dei rapporti tra lavoratori e capitalisti », « Regolamento provvisorio delle procedure di risoluzione delle vertenze tra lavoratori e capitalisti », « Normativa provvisoria per la stipulazione dei contratti collettivi nelle imprese industriali e commerciali private »). Anche i governi locali emanarono in tempi diversi decreti sulla soluzione di questi problemi.

Si decise altresì che l'Ufficio del lavoro nelle città fosse l'organismo deputato alla mediazione e all'arbitrato di tutte le vertenze tra lavoratori e capitalisti.

La procedura era la seguente: 1) le parti dovevano prima di tutto cercare di addivenire ad una soluzione concordata (l'eventuale accordo doveva essere comunicato all'Ufficio del lavoro, che provvedeva alla registrazione); 2) nel caso in cui l'accordo non fosse raggiunto, una delle due parti poteva richiedere la mediazione dell'Ufficio del lavoro; 3) nel caso in cui non si riuscisse a raggiungere un accordo nonostante l'opera di mediazione dell'Ufficio, subentrava la procedura arbitrale della sezione apposita dell'Ufficio del lavoro; 4) se una delle due parti non accettava la soluzione offerta dall'arbitrato, si avviava un procedimento davanti agli organi giudiziari, fino alla sentenza del tribunale.

Si introdusse l'obbligo del contratto in forma scritta per la disciplina dei diritti e doveri dei lavoratori e dei capitalisti. Per diminuire le controversie, le controparti, sulla base dei princìpi di libertà ed uguaglianza contrattuale, stipulavano contratti collettivi che dopo l'approvazione del governo venivano applicati in tutte le fabbriche e imprese commerciali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La legislazione sul lavoro fu il frutto dell'esperienza accumulata in diverse decine d'anni. L'applicazione di queste normative ebbe un ruolo importante nella difesa dei diritti e degli interessi dei lavoratori. Essa sviluppò l'attivismo dei lavoratori regolando in modo appropriato i rapporti tra imprese statali e singoli operai e tra lavoratori e capitalisti.

4) *La legislazione penale.*

La lotta contro le classi reazionarie e i controrivoluzionari fu il compito più importante del governo democratico popolare e l'obiettivo principale della legislazione penale. Quest'obiettivo di lotta ebbe un ruolo rilevante soprattutto dopo la guerra di liberazione. La principale caratteristica di quel periodo era che il governo reazionario si trovava già di fronte al collasso totale ed era quindi necessario punire tutti i tipi di controrivoluzionari. Per questo motivo i reati controrivoluzionari occupavano un posto importante nella legislazione penale.

Il principio generale perseguito nel punire i controrivoluzionari era « fare delle distinzioni di trattamento »: agire contro i capi, non procedere nei confronti dei [cosiddetti] complici coatti o involontari, premiare chi aveva dei meriti. Sulla base di questi princìpi il Comitato Centrale del PCC, l'esercito di liberazione e i governi popolari delle zone liberate emanarono direttive, proclami, appelli e regolamenti allo scopo di catturare i gruppi controrivoluzionari e di reprimerne l'attività.

La lotta condotta dalla popolazione e dall'esercito delle zone liberate si basava su cinque linee principali:

1. Punizione dei criminali di guerra.

Il 10 ottobre 1947 il « Manifesto dell'esercito di liberazione cinese », espressione della volontà di tutto il popolo cinese, ordinò: « arrestare, processare e punire i criminali responsabili della guerra civile, primo tra tutti Jiang Jieshi ». Questa decisione divenne uno dei programmi basilari dell'esercito di liberazione popolare (ELP). Il primo novembre 1948 il comando generale dell'ELP emanò l'« Ordine di punire i criminali di guerra », che definiva i reati, e le modalità per la loro punizione, dei criminali di guerra. Subito dopo, il 25 dicembre 1948, fu resa pubblica una lista nominativa di 43 criminali di guerra. La pubblicazione di questa lista ottenne l'appoggio di tutta la nazione e allo stesso tempo indicò una via d'uscita ai criminali di guerra e agli uomini di Jiang. Essa infatti produsse una spaccatura entro il fronte nemico e autorizzò gli organi locali del governo militare a trattare con magnanimità gli ex soldati del GMD che avevano partecipato alla rivolta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o che mostravano di aver subìto un cambiamento sostanziale. Le misure punitive destinate ai controrivoluzionari ed ai criminali di guerra si applicarono anche ai reazionari che si mostrassero irriducibili e ostinati.

2. Eliminazione dei banditi politici.

Il 15 febbraio 1948 furono pubblicate le « Basi della riforma agraria nelle nuove zone liberate », le quali prescrivevano: « Le bande armate reazionarie dei proprietari fondiari e i servizi segreti reazionari devono essere distrutti e non utilizzati » (Mao Zedong, *Opere scelte*, vol. IV, p. 204). Gli organi di direzione politica dell'esercito, per eliminare le bande armate nelle zone liberate, da una parte, emisero proclami in cui enunciavano i princìpi politici e ordinavano la resa immediata alle truppe nemiche, ai soldati dispersi e alle bande armate; dall'altra parte, ingaggiarono battaglia con quelle bande armate che rifiutavano la resa. Con la collaborazione della popolazione si riuscì a pacificare queste bande armate ed ad arrestarne i capi più importanti che avevano tentato di resistere.

3. Repressione dei proprietari fondiari e dei tiranni locali.

Si trattava, nel secondo caso, di coloro che, avvalendosi del proprio potere economico e politico, si erano armati e avevano razziato i villaggi impossessandosi di terre, proprietà e donne, ucciso e commesso ogni tipo di nefandezze, e per questo motivo venivano definiti tiranni locali. Essi erano i rappresentanti politici delle forze feudali e come « bravi » opprimevano la popolazione. I governi locali delle zone liberate lanciarono il movimento di riforma agraria e per l'eliminazione dei banditi e dei tiranni locali, istituendo sanzioni penali contro i proprietari fondiari e contro coloro che sabotassero il movimento in questione. Nel novembre del 1947 lo stato maggiore dell'esercito, il comitato di partito e il comitato governativo della zona di Puchaji (Hebei) emanarono il proclama congiunto « Sul problema delle punizioni dei sabotatori della riforma agraria »; il 15 gennaio 1948 nella zona Hebei Shandong fu promulgato il « Regolamento provvisorio sui crimini commessi dai sabotatori della riforma agraria ». Principali bersagli di questo proclama erano i proprietari fondiari, i tiranni locali e i controrivoluzionari. Il regolamento prevedeva la pena di morte per tutti i capi delle bande armate organizzate e stabili che sabotassero il movimento contadino, compiessero rappresaglie contro i contadini, si reimpossessassero delle proprietà loro confiscate, uccidessero quadri e cittadini o commettessero qualsiasi altro reato grave contro gli interessi dei contadini. Per i personaggi di secondo piano o per i collaboratori che avessero commesso gli stessi reati era pre-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vista la condanna a non meno di un anno di lavori forzati. La sanzione per i [cosiddetti] complici coatti o involontari dipendeva dalle circostanze concrete nel caso, ma la condanna ai lavori forzati non doveva eccedere l'anno, senza escludere tipi di pena meno severi.

Anche nelle città fu scatenata la lotta contro quei capi e tiranni locali che avevano vessato la popolazione. I ruffiani del tipo « despota celeste del sud » o « re del grande inferno » furono smascherati dalla popolazione.

4. Proclamazione del carattere illegale delle organizzazioni e dei partiti reazionari e di tutti i servizi segreti.

Le organizzazioni di partito e i servizi segreti erano uno degli strumenti più reazionari usati dal regime fascista del GMD per opprimere la popolazione. Tra le cosiddette organizzazioni di partito reazionarie vi erano innanzi tutto lo stesso Guomindang, la « Lega giovanile dei tre princìpi del popolo », il « Partito della gioventù cinese », il « Partito della società democratica » e tutte le organizzazioni controrivoluzionarie loro affiliate. Tra i servizi segreti reazionari vi erano principalmente il « Comitato per i rapporti ai membri del GMD » (il cui nome originario era « Comitato per le inchieste e le statistiche del GMD », abbreviato in *Zhongtong*), il « Comitato segreto del Ministero della difesa e del Governo centrale » (il cui nome originario era « Comitato per le inchieste e le statistiche del Comando generale dell'esercito », abbreviato in *Juntong*), il « Secondo ufficio del Ministero della difesa » e tutti i loro enti e sezioni. Vi erano inoltre le organizzazioni locali dei servizi segreti come i vari Comitati locali per i rapporti ai membri del Partito, e tutti i gruppi spionistici. I comitati dell'esercito e i governi locali emanarono l'ordine di sciogliere tutte le organizzazioni sopra citate, sigillare i loro uffici, vietare le loro attività, confiscare le loro proprietà, i loro archivi e tutto il loro materiale, ecc. Si intimava inoltre ai capi di queste organizzazioni e a tutti gli agenti di spionaggio di registrarsi presso la Polizia e consegnare i documenti e le armi in loro possesso entro un termine stabilito (l'obbligo di registrazione non riguardava i semplici membri delle organizzazioni). I capi delle organizzazioni e le spie venivano privati dei diritti civili per un determinato periodo di tempo e posti sotto sorveglianza speciale. Coloro che si nascondevano o falsificavano le registrazioni, o coloro che, dopo essere stati registrati, nascondevano le armi e falsificavano i documenti, o coloro che, benchè registrati, continuavano nelle loro attività controrivoluzionarie erano passibili di arresto e di punizione ai sensi della legge. Coloro invece che, obbedendo all'ordine di registrarsi, consegnavano tutti i documenti e interrompevano ogni relazione con le organizzazioni reazionarie venivano trattati con magnanimità. Chi infine denunciava spontaneamente altre organizzazioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

segrete reazionarie o agenti nascosti, o collaborava alla cattura di agenti nemici, beneficiava di immunità penale e talvolta otteneva un premio, secondo le circostanze specifiche.

Questa politica nei confronti delle suddette organizzazioni dette grandi risultati e svolse un ruolo attivo nella distruzione dei gruppi reazionari, isolando e colpendo i capi ostinati e recuperando coloro che avevano spontaneamente corretto i loro errori e i semplici membri delle organizzazioni.

5. Scioglimento di tutte le società segrete reazionarie e di tutti i gruppi ispirati a superstizioni feudali.

Le società segrete costituivano uno dei centri della controrivoluzione, monopolizzate come erano da controrivoluzionari che, utilizzando superstizioni feudali, circuivano la popolazione retriva e svolgevano azioni di disturbo di ogni tipo. Il 4 gennaio 1949 il governo popolare della Cina del nord pubblicò il « Proclama per lo scioglimento delle società segrete e dei gruppi ispirati a superstizioni feudali ». Esso prevedeva lo scioglimento totale di gruppi e società segrete e ne vietava qualsiasi attività, e ordinava la registrazione presso la polizia dei nomi dei loro capi. Venivano trattati con magnanimità coloro che, pur avendo commesso crimini e avendo agito d'intesa con i banditi, provassero di essersi pentiti. Venivano puniti severamente coloro che si opponevano alla registrazione o che, nonostante la medesima, continuavano nelle loro azioni. I semplici affiliati delle società segrete e coloro che, costretti con la forza o adescati, si erano già separati da queste organizzazioni o avevano interrotto le proprie attività all'interno delle stesse, non venivano perseguiti. Coloro che aiutavano a far luce su banditi, spie, traditori e su qualunque altro autore di atti criminali, venivano premiati in base alle circostanze specifiche.

Gli organi giudiziari e di polizia dei governi delle zone liberate, sotto la guida del partito, in collaborazione con l'esercito di liberazione e con l'attivo sostegno delle masse, riuscirono, attraverso varie forme di lotta, a punire gli elementi controrivoluzionari più pericolosi e a sradicare un gran numero di organizzazioni controrivoluzionarie. L'attacco condotto contro l'arroganza dei controrivoluzionari, dei banditi, delle spie, e dei tiranni locali rafforzò l'ordine sociale nelle zone liberate e si rivelò vittorioso.

Si aggiunga, a conclusione di questo paragrafo, che i governi locali emanarono un'altra serie di provvedimenti in materia di giustizia penale, come quelli, variamente denominati, sul divieto di accensione di fuochi pericolosi, di sabotaggio delle comunicazioni e delle istituzioni finanziarie, e sulla proibizione di droghe e veleni, oltre ai regolamenti « sulla punizione dei corruttori », e « sulla difesa del patrimonio boschivo ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

III. *Il sistema di amministrazione della giustizia della dittatura democratica popolare.*

1) *Soppressione degli organi reazionari di amministrazione della giustizia ed istituzione dei tribunali popolari a tutti i livelli.*

Con lo sviluppo della rivoluzione e la continua estensione delle zone liberate, furono istituiti, durante il periodo della riforma agraria, diversi organismi giudiziari, come i tribunali popolari e le corti marziali. Successivamente, su questo modello, si istituirono i tribunali popolari nelle grandi aree amministrative e a livello provinciale e distrettuale.

Nelle grandi città liberate, dopo l'eliminazione degli organi giudiziari reazionari, si diede vita a nuovi organismi popolari di amministrazione della giustizia. La città di Pechino fu presa come esempio. Alla vigilia della liberazione a Pechino erano stati costituiti, secondo direttive del CC del PCC e sotto la direzione del Comando generale dell'esercito di liberazione, degli organismi giudiziari che controllavano piccoli gruppi. Tra i loro compiti emergeva quello di assumere il controllo immediato su tutti gli organi giudiziari del GMD (compresa l'Alta Corte della provincia del Hebei e il suo Ufficio di controllo, il Tribunale di Pechino e il suo Ufficio di controllo, la Corte penale speciale di Pechino con i suoi organismi reazionari, guardie, prigioni).

Al personale di queste istituzioni fu tolto ogni incarico, furono requisite le armi, ed ogni singola persona fu oggetto di indagini particolari e trattata secondo le risultanze di queste indagini. Quanto alle persone in stato di detenzione, nei loro confronti furono adottati i seguenti procedimenti: i rivoluzionari furono immediatamente rilasciati e impiegati nel lavoro di controllo; i collaboratori del GMD accusati di tradimento, e le persone accusate di spionaggio, furono rilasciati solo a conclusione di un processo; coloro che avevano rubato viveri e danaro perché costretti dal GDM, che avevano violato divieti del GMD, o che erano accusati di reati lievi furono sottoposti ad inchiesta e successivamente rilasciati; i detenuti per reati gravi (come omicidi, furti ecc.) rimasero in carcere per essere poi sottoposti a processo.

Nel marzo del 1949 fu istituito il tribunale popolare della città di Pechino, composto da un presidente e da un comitato di giudici che amministrava sia la giustizia civile che quella penale. Studi e ricerche sugli affari amministrativi e legislativi, nonchè la diffusione degli stessi, erano di competenza di un Ufficio di segreteria. Esso dirigeva agli uffici che svolgevano funzioni di conciliazione ed era in stretto rapporto con gli uffici omonimi a livello locale (all'epoca non esistevano veri e propri tribunali locali, ma solo uffici con funzioni di tribunali).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2) *Nuovo sviluppo del sistema di amministrazione della giustizia.*

Il sistema di amministrazione della giustizia del periodo in esame era ancora quello tradizionale, utilizzato già da tempo nelle zone liberate, e che era risultato particolarmente efficace. Ma con il continuo aumento delle zone liberate e l'istituzione di nuovi organismi giudiziari, i governi locali dovettero emanare nuove direttive che disciplinassero con maggiore precisione il sistema giudiziario e il processo.

1) Determinazione di procedimenti legali per le denuncie, l'arresto e le inchieste: unificazione dell'ordinamento giudiziario ed affidamento agli organi giudiziari dei poteri processuali. Per costituire un ordine rivoluzionario e salvaguardare i giusti diritti e gli interessi della popolazione, per prevenire e impedire occasioni di disordine create da cattivi elementi, i governi locali decisero che, con eccezione degli organi di polizia e giudiziari, era ormai vietato a qualsiasi organismo, gruppo, scuola, fabbrica, negozio, di catturare arrestare, processare, punire, confiscare, saccheggiare, ecc. Quanto a denuncie, arresti o arresti domiciliari, quando i casi lo richiedevano, era comunque necessario ottenere il mandato del tribunale o della polizia. In mancanza di questo la persona denunciata poteva opporsi. Inoltre i governi locali decisero che gli uffici amministrativi a livello di villaggio potevano arrestare ma non potevano tenere persone in stato di detenzione. Il 30 novembre 1948 il governo popolare della Cina del nord emanò il « Regolamento sui poteri e le responsabilità degli organi di polizia e giudiziari nel trattamento dei casi penali ». Esso stabiliva che gli organi di polizia fossero responsabili del lavoro di indagine intorno a traditori, spie e criminali di guerra, mentre agli organi giudiziari era affidato il compito di decidere se rinviarli a giudizio o prosciogliérli a seconda dei casi. Per i reati comuni la polizia aveva facoltà di adottare misure urgenti ritenute indispensabili, con successivo trasferimento del caso agli organi giudiziari. Quest'ultimi, sulla base dei fatti e delle prove, giudicavano secondo le norme emanate i crimini che erano stati riconosciuti. La polizia, poteva ricorrere in appello qualora non approvasse la sentenza del tribunale.

2) Divieto di punizioni corporali; divieto di percuotere e uccidere indiscriminatamente. Questi erano stati i princìpi del sistema giuridico e della linea politica basilare applicata ovunque nelle zone liberate; ma nella nuova situazione fu necessario ribadirli nuovamente, poiché durante il movimento di riforma nelle campagne si era più volte verificato l'errore di « sinistra », consistente nel « picchiare, uccidere, combattere, confiscare indiscriminatamente ». Dopo aver individuato questo tipo di errore, il CC del PCC e il presidente Mao indicarono chiaramente: « Il nostro compito è quello di abbattere il sistema feudale, abbattere la classe feudale, ma non i singoli proprietari fondiari ». « Un piccolo numero di persone che veramente hanno commesso gravi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reati devono essere processate e giudicate dai tribunali popolari e giustiziate dopo la approvazione (della sentenza) da parte degli organi di governo (i comitati a livello di distretto e prefettura). È assolutamente necessario mantenere un ordine rivoluzionario. Questo è un aspetto. Un altro aspetto è quello di effettuare poche esecuzioni e vietare le uccisioni indiscriminate. Sbaglia chi sostiene che bisogna uccidere molto e indiscriminatamente. Ciò potrebbe far perdere l'affezione al partito, distaccarlo dalle masse e isolarlo ». Nel gennaio del 1948, durante la conferenza dedicata a « Alcune questioni sulla riforma agraria », fu riaffermata questa linea politica del partito: « Il PCC è fermamente contrario a colpire ed uccidere indiscriminatamente e ad applicare punizioni corporali ai criminali ». « Non possiamo rivolgere accuse ed effettuare esecuzioni come ci aggrada ». « Dobbiamo rendere pubblici i fatti relativi ai reati commessi e non dobbiamo uccidere in segreto ». « Siamo contrari a colpire le persone ». « I membri del partito non devono organizzarsi per colpire le persone ». Verso i quadri che commettono errori è necessario « utilizzare la critica verbale senza colpirli fisicamente ». « Durante le inchieste bisogna permettere agli inquisiti di esporre le proprie ragioni. Vietarlo non sarebbe democratico ».

3) Facilitazione e carattere gratuito dei procedimenti di presentazione dalle denuncie. Nel 1948 il governo popolare della Cina del nord rinnovò l'ordine di rendere gratuite le presentazioni di denuncie. L'ordine fu applicato poco dopo anche nelle altre zone liberate. Inoltre alcuni tribunali istituirono appositi uffici per aiutare la popolazione nei casi più difficili. Il governo della Cina del Nord stabilì che gli organi giudiziari potessero accettare le denuncie presentate direttamente dai cittadini senza che fosse necessaria una presentazione [formale] da parte degli uffici locali di villaggio.

4) Applicazione facilitata, semplificata e generalizzata dei sistemi processuali ispirati alla linea di massa. Oltre ai comuni processi si svilupparono in quel periodo i sistemi processuali che seguivano la linea di massa, già utilizzati nelle prime zone liberate. Processi « pubblici », processi « di parte », processi itineranti e processi localizzati con i relativi sistemi d'inchiesta, furono ovunque generalizzati, nelle città come nelle campagne, nelle vecchie zone liberate come nelle nuove. Per meglio sviluppare le tecniche dei processi itineranti, in alcune zone fu istituito un sistema che prevedeva l'invio di giudici destinati a risiedere temporaneamente *in loco*. Questo sistema risultò di grande utilità nel facilitare la formulazione e presentazione di accuse da parte della popolazione, coordinandole con i movimenti ed orientamenti politici.

5) Il sistema di appello. Contro la sentenza gli imputati potevano ricorrere in appello entro un termine determinato. In alcuni luoghi esistevano tre gradi di giurisdizione, in altri luoghi soltanto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

due. Anche il termine stabilito per la presentazione della domanda d'appello variava da luogo a luogo. Nelle cause penali esso oscillava tra sette e dieci giorni, nelle cause civili esso era in genere di venti giorni. Spesso succedeva che, a causa dell'eccessiva lunghezza del termine per l'appello, molti condannati cercassero di commettere frodi, causando inutili danni. Fu per questo che il governo della Cina del nord fissò per la presentazione dell'appello nelle cause civili un termine variabile da cinque a sette giorni a discrezione del giudice e secondo le circostanze del caso. In questo modo si offriva all'interessato il tempo necessario per riflettere senza che, peraltro, si allungassero senza ragione i tempi processuali e si verificassero brogli.

6) Sistema di verifica dei giudicati. Gli organi centrali di governo e quelli giudiziari decisero di applicare nelle zone liberate il sistema di verifica dei giudicati per rafforzare il [superiore] controllo sull'attività processuale.

Ad esempio il governo della Cina del nord decretò quanto segue. (1) In primo luogo, le sentenze di primo grado di condanna a pene pecuniarie, a detenzione o a lavori forzati di durata inferiore a cinque anni, emesse da tribunali di città e distretti, dovevano ritenersi definitive se inappellate o se l'appello fosse stato proposto oltre i termini stabiliti; i documenti processuali dovevano comunque essere raccolti in volume e trasmessi in visione al tribunale provinciale che era tenuto a riesaminarli in caso di necessità. (2) Quanto alle sentenze provenienti dagli stessi organi ma irroganti pene detentive di durata superiore a cinque anni, nel caso in cui l'appello mancasse o fosse stato presentato fuori termini, esse venivano considerate definitive solo dopo l'autorizzazione del tribunale provinciale competente, al quale dovevano essere sottoposte per verifica. Se questo tribunale riteneva la sentenza di primo grado ingiusta, questa doveva essere modificata o si procedeva ad un supplemento di inchiesta. (3) Infine, i casi per cui era prevista l'applicazione della pena di morte dovevano essere affidati ai governi provinciali (o ai loro uffici amministrativi), a causa della guerra e delle insufficienze nelle comunicazioni. A partire dal 1949, per maggiore cautela, fu deciso che le sentenze di condanna alla pena di morte, inappellate o appellate fuori termini, dovessero essere sottomesse dal tribunale provinciale alla verifica del tribunale popolare delle grandi aree amministrative. Tali sentenze divenivano definitive solo dopo l'approvazione da parte del presidente del governo delle grandi aree amministrative.

Il sistema di verifica svolse un ruolo importante nella difesa della qualità delle sentenze e nella fusione di princìpi politici con la giustizia e la gradualità delle pene.

7) Il problema della riabilitazione [del condannato] e della revisione dei casi giudicati. I tribunali popolari emisero sempre sentenze rigorose, attenendosi al principio di « non accordare indulgenza ai cat-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivi elementi e non trattare ingiustamente le persone oneste ». Inevitabilmente, però, accadde che per cause oggettive si commettessero errori giudiziari o non si affrontassero come dovuto alcune situazioni. L'atteggiamento nei confronti degli errori giudiziari deve essere quello di cercare la verità nei fatti e correggere gli errori commessi. Ciò è il riflesso concreto del materialismo dialettico nel lavoro giudiziario. Il 13 gennaio 1949 il governo della Cina del nord, con l'« Ordinanza sulle modalità di accertamento degli errori processuali nelle sentenze passate in giudicato e in quelle non ancora definitive », stabilì che « quando vi fosse l'assoluta certezza che fossero stati commessi errori nel primo giudizio, si doveva procedere alla riabilitazione [del condannato], dichiararne la non colpevolezza e rilasciare il detenuto »; ma « nel caso in cui venissero scoperti nuovi reati o manchevolezze nel primo processo, si poteva cancellare il primo giudizio ed effettuare un nuovo processo ». In questo spirito si procedette ad una verifica dei giudicati e al riesame della relativa documentazione. Gli errori e le manchevolezze, importanti e meno importanti, furono rettificati per tempo.

3) *Abrogazione del Codice delle Sei Leggi del Guomindang ed adozione dei princìpi di amministrazione della giustizia utilizzati nelle zone liberate.*

Nel febbraio del 1949 il CC del PCC emanò la « Direttiva sull'abolizione del Codice delle Sei Leggi del Guomindang ». Il primo aprile dello stesso anno il governo popolare della Cina del nord, nello spirito della predetta direttiva, decretò « l'abrogazione del Codice delle Sei Leggi del Guomindang e di tutte le leggi reazionarie ».

I contenuti principali della menzionata direttiva erano i seguenti:

1) Proclamazione dell'abolizione del Codice delle Sei Leggi del GMD e di tutte le leggi reazionarie, e divieto ai tribunali dei governi popolari di rifarsi alle norme ivi contenute. La direttiva sottolineava che « tutte le leggi del GMD sono uno strumento reazionario atto a difendere i proprietari fondiari e la classe burocratica e dei *compradores* e sono un'arma usata per schiacciare e imbrigliare la popolazione ». Essa proclamava inoltre che sotto il potere della dittatura democratica popolare, fondata sull'alleanza degli operai e dei contadini e guidata dal proletariato, deve essere abolito il Codice delle Sei Leggi del GMD e deve esserne vietata l'applicazione da parte dei tribunali popolari ».

2) Nuova normativa per i tribunali nelle zone liberate. Prima che venissero promulgate le nuove norme, nelle zone liberate si utilizzarono i princìpi politici del Partito, i programmi, le leggi, i regolamenti, le ordinanze e i proclami emanati dai governi popolari e dall'esercito di liberazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In attesa che venisse completata la nuova legislazione gli organi di amministrazione della giustizia dovevano seguire il seguente procedimento: se intorno a un dato argomento esistevano programmi, ordinanze, regolamenti, etc. si decideva sulla base di questi. In caso contrario si applicavano i princìpi di nuova democrazia.

3) Princìpi guida per l'educazione e la trasformazione dei quadri addetti agli organi di amministrazione della giustizia. La direttiva del CC del PCC invitava gli organi di amministrazione della giustizia a « criticare e denigrare il Codice delle Sei Leggi del GMD e tutte le altre leggi reazionarie ». Essi dovevano inoltre « criticare e denigrare tutte le leggi antipopolari dei Paesi capitalisti europei nonchè quelle del Giappone ». Era necessario, in particolare, « educare e trasformare i quadri addetti agli organi di amministrazione della giustizia utilizzando la dottrina marxleninista sullo Stato e il diritto e il Mao Zedong pensiero ». Altrettanto necessario, infine, era lo studio dei programmi, le leggi, i regolamenti, le ordinanze, le decisioni e i princìpi politici di nuova democrazia.

Dopo la pubblicazione di questa « Direttiva » gli organi di amministrazione della giustizia delle zone liberate riuscirono a chiarire, attraverso lo studio, molti punti oscuri o confusi. Essi definirono un orientamento che contribuì alla riorganizzazione degli organi medesimi e alla formazione del loro personale. Ciò non solo servì ad assicurare l'integrazione degli organi di amministrazione della giustizia già operanti e il perfezionamento del loro lavoro, ma creò anche le condizioni favorevoli all'istituzione dei nuovi organi di amministrazione della giustizia dopo la liberazione, e all'estensione del movimento di riforma giudiziaria.

Quanto precede consente agevolmente di comprendere come la attività legislativa e giudiziaria del periodo della guerra di liberazione si sviluppassero accumulando una ricca esperienza, nella tradizione di un sistema giuridico che riassumeva e continuava la rivoluzione. Esse non solo ebbero una funzione di garanzia nel rafforzare la dittatura democratica e nello sviluppare la rivoluzione nelle zone liberate, ma costituirono anche un solido fondamento storico per la creazione del sistema giuridico socialista dopo la fondazione della Repubblica Popolare Cinese.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MAURIZIO FIORAVANTI

COSTITUZIONE, GOVERNO E CLASSE POLITICA

(A proposito di: *La dottrina della classe politica di Gaetano Mosca ed i suoi sviluppi internazionali,* Archivio Internazionale Gaetano Mosca per lo studio della classe politica, Serie italiana, vol. I, Società Siciliana per la Storia Patria - Istituto di Studi Storici della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Milano, Palermo, 1982; e *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca,* a cura di Ettore A. Albertoni, Archivio Internazionale Gaetano Mosca per lo studio della classe politica, Serie italiana, vol. II, Milano, 1983)

Sommario: 1. Breve premessa. Individuazione del nostro problema. — 2. Le più recenti ricerche. Prima valutazione. — 3. Alcuni testi moschiani. Conclusioni.

1. *Breve premessa. Individuazione del nostro problema.*

Si torna a studiare Gaetano Mosca. Due recenti Seminari, tenuti a Palermo (1980) e Milano (1981), e dedicati rispettivamente a *La dottrina della classe politica di Gaetano Mosca ed i suoi sviluppi interzionali,* e a *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca,* ripropongono all'attenzione degli studiosi, su notevole molteplicità di piani e con grande vastità d'impianto, l'opera politica e giuridica di Gaetano Mosca (1). Alla grande quantità d'indicazioni, d'informazioni, di spunti problematici, scaturenti dalla lettura degli *Atti* dei due Seminari, si deve poi aggiungere la recente e significativa ripubblicazione delle due principali opere dello stesso Mosca, *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare* (1884), e gli *Elementi*

(1) Alla *Serie italiana* dell'Archivio internazionale Gaetano Mosca ha fatto seguito anche una *Serie internazionale* del medesimo Archivio, con i due volumi: *Studies on the Political Thought of Gaetano Mosca. The Theory of the Ruling Class and its Development Abroad,* vol. I, edited by Ettore A. Albertoni, Milano-Montréal, 1982; e *Etudes sur la pensee politique de Gaetano Mosca. Classe politique et Gouvernement,* vol. II, sous la direction d'Ettore A. Albertoni, Milano-Montréal, 1984. I due volumi raccolgono, con gli opportuni adattamenti, ed in forma assai più sintetica, i contributi già stampati nella *Serie italiana,* alla quale pertanto ci riferiremo in modo esclusivo nel contesto di questa recensione. Citeremo secondo l'abbreviazione AMI e AMII (risp. Archivio Mosca 1982 e 1983).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di scienza politica (1896), per cura di Giorgio Sola (2). Riproposta dunque dei più noti testi moschiani, e rilettura critica del complesso dell'opera moschiana, secondo una vasta pluralità di piani e di direzioni, come in seguito vedremo.

È opinione di chi scrive che, proprio in questo contesto di riscoperta generalizzata del significato del lavoro teorico di Gaetano Mosca, sia possibile, certamente anche assai opportuno, rimeditare più da vicino uno degli aspetti fondamentali di quel lavoro, che attiene, in una parola, al ruolo ed al campo d'intervento in esso del diritto, nel nostro caso del diritto pubblico-costituzionale. Si potrebbe dire, in forma ancora più sintetica: *il ruolo ed il significato del 'giuridico' nell'opera di Gaetano Mosca.* Non intendo qui alludere tanto alla produzione scientifica di Mosca sul piano del diritto costituzionale, dai saggi giovanili degli anni Ottanta fino agli *Appunti di diritto costituzionale* del 1908 ed oltre (3). Manca effettivamente uno studio organico su Mosca giurista di diritto pubblico, che punti a riscoprire i testi giuridici dello stesso Mosca, e le loro connessioni con la cultura e la scienza giuridica del tempo (4): ma non è questo il problema centrale,

---

(2) G. Mosca, *Scritti politici*, a cura di G. Sola, due volumi, Torino, 1982. Il primo volume contiene anche: un'*Introduzione* di Sola (pp. 9-79), con un'ampia ed equilibrata ricostruzione della vita e dell'opera di Gaetano Mosca; un'accurata nota biografica (pp. 81-92); una nota bibliografica di grande utilità, che aggiorna in modo consistente le bibliografie già esistenti, sia delle opere di Mosca, sia dei saggi e degli articoli scritti su Mosca, con ampia e decisiva utilizzazione dell'Archivio privato Mosca (pp. 93 e ss.). Sola ha raccolto il testo della seconda edizione della *Teorica* (1925) e della terza edizione degli *Elementi* (1939), ma dà conto in apposite note delle più significative modificazioni intervenute rispetto alle precedenti edizioni (risp. 1884-1925 e 1896-1923-1939). Le note contengono poi significativi confronti con opinioni espresse da Mosca in altri saggi; e contribuiscono inoltre, per altro verso, alla conoscenza delle fonti di Mosca medesimo, scavando attorno agli scarsi riferimenti dottrinali forniti dallo studioso siciliano. Si tratta quindi di un lavoro di grande valore sul piano critico-filologico, di un vero e proprio necessario punto di partenza per tutte le future indagini sull'opera moschiana. Sul piano documentaristico, è poi da ricordare: *Gaetano Mosca - Guglielmo Ferrero. Carteggio (1896-1934)*, a cura di C. Mongardini, Milano, 1980 (opere di Gaetano Mosca - Istituto di Studi storico-politici dell'Università di Roma, vol. VI, t. I).

(3) Una prima sommaria valutazione di Mosca 'docente di diritto costituzionale' in P. Biscaretti di Ruffia, AMII, pp. 123 e ss.

(4) In particolare, per il rapporto Mosca-Orlando, cfr. M. Fioravanti, AMI, pp. 349 e ss. La ricerca da condurre a proposito dell'opera giuridica di Mosca dovrebbe ora essere integrata con l'analisi delle dispense di lezioni di diritto costituzionale ed amministrativo, di recente reperite, e relative all'insegnamento tenuto, ancora come libero docente, nell'Università di Roma nell'a.a. 1894-95, e poi, in misura assai più consistente, nell'Università di Torino a partire dall'a.a. 1896-97, e nell'Università Bocconi di Milano a partire dall'a.a. 1902-3. Ulteriori informazioni su queste dispense di lezioni — da affiancare anche a quelle di Scienza politica, ancora relative all'insegnamento presso l'Università Bocconi —, e prime valutazioni del loro contenuto, si trovano in S. Violante, AMI, pp. 423 e ss.; ed in R. Ghiringhelli, AMII, pp. 53 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al quale pensavamo parlando del ruolo del ' giuridico ' in Mosca. Siamo infatti convinti che esista un possibile campo d'indagine più ampio di quello riferibile a Mosca ' giurista ', ai rapporti di Mosca con la scienza giuridica del suo tempo. Non si tratta qui in definitiva di rimeditare *una parte* dell'opera dello studioso siciliano, in ipotesi quella più specificamente giuridica, ma di verificare piuttosto se nel *complesso* di quella opera sussista un filo conduttore, che possa definirsi *autenticamente giuridico*. Dando per scontato che con ' giuridico ' s'intende, in senso assai ampio, una delle ispirazioni fondamentali delle teorie moschiane, e non certamente *uno dei modi di lavoro* di Mosca medesimo: in questo ultimo senso, infatti, Mosca non fu mai, sul piano tecnico-dogmatico, un vero e proprio giurista, per lo meno non nel senso di Santi Romano, di Oreste Ranelletti, di Federico Cammeo, di quella generazione di giuristi che, proprio per il tramite delle costruzioni dogmatiche, contribuì alla edificazione dello Stato amministrativo in Italia (5).

S'intuirà — credo — facilmente che riscoprire il ' giuridico ', così inteso, come filo conduttore del lavoro teorico di Mosca è cosa non agevole, certamente non esauribile nell'àmbito di una breve recensione. Attorno a questo nucleo problematico, si muovono infatti questioni più specifiche, sulle quali si dovrebbe in via preliminare indagare più compiutamente, e che complessivamente costituiscono la sostanza di quel ' giuridico ': penso qui al vasto territorio dei modelli costituzionali e della storia costituzionale, ed al confronto, da Mosca continuamente proposto, tra modello continentale-giacobino e modello inglese, quest'ultimo caratterizzato da un'evoluzione organica e graduale, tale da preservare la società da strappi violenti e velleitari; penso inoltre, in stretta connessione, alla centralità della ' classe media ' nell'opera di Mosca, ed al rapporto tra quella classe, la ' forza ' della cultura, e la classe politica, al fine di garantire — ancora una volta — un ordinato modello di sviluppo, tale da isolare — come lo stesso Mosca dice — le forze ' unilaterali ', che tendono ad aggredire le istituzioni, ed a sottometterle ad una logica ' semplice ', totalizzante e destabilizzante nella stessa misura e nello stesso tempo; penso ancora alla teorica del governo misto ed alla dottrina moschiana della difesa giu-

---

(5) Indichiamo nel testo i nomi di Santi Romano, di Ranelletti, di Cammeo, per indicare i nomi dei giuristi che effettivamente applicarono in Italia i dettami del c.d. ' metodo giuridico ', provvedendo alla costruzione vera e propria degli istituti del diritto pubblico-amministrativo. Qui la distanza con Mosca appare appunto notevole. Mentre diversamente si pone il rapporto Mosca-Orlando, anche perchè quest'ultimo, pur conducendo per primo in Italia la battaglia per il ' metodo giuridico ', non fu mai un vero e proprio dogmatico del diritto pubblico, nel senso sopra indicato. Cfr. *supra* il mio contributo, citato nella nota precedente, dove per altro non si specificano quelle differenze all'interno del ' metodo giuridico ', alle quali abbiamo avuto qui occasione di far riferimento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ridica; penso infine ad un 'giuridico' così inteso come metro di giudizio delle prese di posizione di Gaetano Mosca sugli eventi politico-istituzionali del suo tempo, sul parlamentarismo, sul decentramento, sulla espansione della burocrazia e della legislazione sociale, sul protezionismo di fine secolo, e così via; ed, in conclusione, penso al 'giuridico' moschiano in rapporto al 'giuridico' di studiosi di livello europeo, come Carl Schmitt o Max Weber.

Solo alcuni di questi punti potranno essere toccati, e di sfuggita. Si tratta qui più che altro di avviare una discussione, sperando di suscitare una qualche curiosità, di suggerire una possibile linea di sviluppo delle ricerche sull'opera di Gaetano Mosca, partendo anche — come vedremo — da contributi forniti in occasione dei Seminari di Palermo e di Milano. Sapendo che, in prospettiva, l'attenzione rivolta alle problematiche del 'giuridico' in Mosca dovrebbe essere parte di un più ampio disegno, rivolto ad indagare il ruolo di quel 'giuridico' — con i suoi limiti, ed i suoi evidenti momenti di crisi — nel complesso contesto della dottrina dello Stato, e della scienza politica in genere, nell'età compresa tra la fine del secolo scorso ed il primo dopoguerra (6). Con un'ulteriore premessa: in Mosca, come in altri studiosi del 'politico', quella componente che noi definiamo 'giuridica' svolge una funzione assai complessa, ancora tutta da decifrare ed analizzare, una funzione che comunque non può essere compressa nei confini tradizionali del diritto come limite al potere. L'attenzione che riserviamo al 'giuridico' in Mosca non può dunque servire, in via principale, a rendere, per così dire, più 'tollerabile' una dottrina del 'politico' incentrata sul dominio di una minoranza organizzata; così come la presenza di un diritto pubblico-costituzionale non può rendere di per sé la concezione moschiana del potere politico più vicina a valori o postulati ideologici di tipo liberale o liberaldemocratico. Presupporre una simile funzione del 'giuridico' significa in definitiva deformare il nostro oggetto d'indagine (7). Si deve invece pen-

---

(6) Inserisce Mosca in un contesto di questo tipo P. P. PORTINARO, *Recensione* a G. MOSCA, *Scritti politici*, cit., in *Nuovi Studi Politici*, Aprile-Giugno 1983, a. XII, n. 2, pp. 133-136, discutendo della necessità di «ricostruire nel suo insieme la storia della scienza politica dall'età del positivismo alla grande crisi della cultura europea del primo dopoguerra» (pp. 134-135).

(7) Si tratta infatti ora di superare definitivamente quella fase di 'riscoperta del senso liberale dell'opera di Gaetano Mosca' (E. A. ALBERTONI, AMI, p. 88) iniziata nell'immediato dopoguerra, e caratterizzata, tra l'altro, nell'interpretazione di certi scritti dello studioso siciliano, dalla forzata riconduzione del 'giuridico' moschiano a strumento di accrescimento della cifra 'liberale', o 'liberaldemocratica' della teoria della classe politica. Esemplare in questo senso il saggio di A. PASSERIN D'ENTREVES, *Gaetano Mosca e la libertà*, in *Il politico*, XXIV (1959), pp. 579 e ss., nel quale la teoria moschiana della difesa giuridica è a senso unico letta in chiave di tutela delle libertà individuali. Ma in questo àmbito sono da ricordare anche le opere di F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sare fin d'ora anche ad altre possibili collocazioni del 'giuridico' nel contesto della dottrina politica moschiana, ed in particolare proprio alla sua *funzione costitutiva* della dottrina della classe politica. Solo da questo punto di vista potrà essere riesaminata la questione del liberalismo giuridico e politico di Gaetano Mosca.

2. *Le più recenti ricerche. Prima valutazione.*

Esaminando gli atti dei Seminari di Palermo e di Milano in relazione alle problematiche sopra esposte, si nota subito, tra i due volumi — e dunque tra i due Seminari —, una differenza sostanziale, proprio in ordine all'attenzione che viene riservata alla sfera del 'giuridico' in Mosca. Si tratta, in breve, di una crescita d'interesse per tale sfera, che si realizza nel passaggio dal primo al secondo Seminario (8).

Per percepire questa differenza, basta riferirsi del resto ai due saggi introduttivi di ETTORE A. ALBERTONI (9). Mentre nel primo di essi, è possibile reperire solo un accenno agli scritti giuridici di Mosca, ed ai rapporti di questi con giuristi del suo tempo, come Orlando e Brunialti (AMI, p. 77), e, più ancora, un interessante spunto relativo alla proposta moschiana di «Stato dei ceti medi», fondata per Albertoni su base «certamente storico-giuridica, con una netta derivazione

---

Napoli, 1963, pp. 90 e ss. su Mosca, per il tentativo di salvare a tutti i costi il significato «profondamente liberale» (p. 95) dell'opera moschiana, proprio per il tramite del rapporto di Mosca con la cultura giuridica del suo tempo; ed ancor più di G. MARANINI, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Firenze, 1967, rist. 1983, che in Mosca critico della democrazia rappresentativa ravvisa più che altro il liberale autentico critico di una «disordinata plutocrazia demagogica» (p. 39), il liberale «alla ricerca di una più effettiva democrazia, su un terreno meno fallace di quello offerto dai dogmi della democrazia aritmetica, matrice della democrazia totalitaria» (p. 314): dove il punto di riferimento della critica è costituito — in Mosca come in Maranini — dal 'modello inglese', inteso come unico vero regno del 'giuridico'.

(8) Ciò dipende anche dal taglio diverso dei due Seminari: il primo diretto ad un primo tentativo di storicizzazione dell'opera moschiana, di ricostruzione della biografia scientifica, intellettuale e politica dello studioso siciliano, il secondo più direttamente impegnato nell'analisi dei nodi teorici di quella opera, tra i quali evidentemente anche il peso ed il ruolo del 'giuridico'. Costante nei due Seminari è invece l'attenzione alla diffusione internazionale dell'opera di Mosca (AMI, pp. 191 e ss., per Stati Uniti, Canada, Germania, Francia, Spagna, Jugoslavia; AMII, pp. 393 e ss., per Giappone, Messico, Jugoslavia, Polonia, ancora Stati Uniti): dobbiamo forzatamente rinunziare, per ragioni di brevità, a fornire una valutazione, anche soltanto sintetica, di questo aspetto delle ricerche. Qualche notazione sarà riservata, più avanti, al rapporto Mosca-Weber. Anche per il Mosca politico, dobbiamo rinviare ai contributi contenuti nei due volumi in discussione.

(9) Del quale si deve ricordare anche tutto il precedente lavoro di ricerca, culminato nel saggio *Gaetano Mosca. Storia di una dottrina politica. Formazione ed interpretazione*, Milano, 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dalla dottrina costituzionalistica » (*id.*, pp. 62-63); nel secondo saggio, del medesimo autore, l'area, che definiamo del ' giuridico ', assume già tutt'altra rilevanza. Si torna quindi con insistenza a suggerire l'opportunità di uno studio analitico dell'opera giuridica di Mosca (AMII, pp. XXIII-XXIV), ma soprattutto si tenta di rimeditare il concetto moschiano di ' difesa giuridica ', affacciando in proposito l'idea di un « Mosca pluralista » (*id.*, p. XIX), ma anche sottolineando l'appartenenza di quel concetto ad un patrimonio di « liberalismo classico ancora antitetico ad ogni svolgimento teorico-pratico in senso democratico » (*id.*, p. XX) (10). Si fa dunque strada l'idea di poter rivedere, proprio attraverso il concetto di difesa giuridica, la collocazione di Mosca nel panorama complessivo del liberalismo italiano tra Otto e Novecento, differenziando la sua posizione, non solo dal « liberalismo conservatore » di Sonnino ed altri, ma anche dal « pragmatismo riformatore » di Giolitti, privo secondo Albertoni del « vigore delle soluzioni istituzionali » (*id.*, pp. XVIII-XIX) (11).

Torneremo ancora, e ben più ampiamente, sul concetto di difesa giuridica. Proseguendo per ora il confronto tra i due Seminari, un altro tema è da indicare come rilevante ai nostri fini. Si tratta del rapporto Mosca-Weber, più che altro suggerito nel primo volume da A. ZINGERLE (AMI, pp. 223-226), e da R. TREVES (AMI, pp. 451-452), ma ripreso poi organicamente da S. SEGRE nel seminario di Milano (AMII, pp. 103 e ss.). Non è tanto qui rilevante indagare sugli effet-

---

(10) A testimonianza di una crescita d'interesse in questa direzione, Albertoni è tornato sul tema in un più recente saggio: ETTORE A. ALBERTONI, *Formula politica e difesa giuridica nella dottrina della classe politica di Gaetano Mosca*, in *Società norme e valori. Scritti in onore di Renato Treves*, a cura di U. Scarpelli e V. Tomeo, Milano, 1984, pp. 457-475. Sul concetto di difesa giuridica in Mosca, Albertoni si era comunque già soffermato nel volume del 1978 (v. *supra*, alla nota precedente), alle pp. 80-82 e 364-385. Minore attenzione ha ricevuto il concetto di difesa giuridica tra gli altri partecipanti ai Seminari: un accenno si trova nel saggio di E. RIPEPE (AMI, p. 482), mentre a tale concetto ha dedicato il suo saggio J. L. OROZCO (AMII, pp. 407 e ss.). Discuteremo più avanti, anche a questo proposito, del contributo di Norberto Bobbio. Interessanti osservazioni, sempre sul concetto di difesa giuridica, si trovano in G. SOLA, *Introduzione*, in G. MOSCA, *Scritti politici*, cit., pp. 45 e ss.

(11) Queste riflessioni di Albertoni dovrebbero però essere confrontate con quanto in proposito scrive P. FARNETI, *Sistema politico e società civile. Saggi di teoria e ricerca politica*, Torino, 1971, che, discutendo del progetto di governo di Giolitti come « progetto burocratico di governo » (p. 188), mette in rilievo, in tale contesto, la crescente perdita di centralità del Parlamento a favore della pubblica amministrazione come reale strumento di governo, ed il fatto che quel progetto « trova il proprio appoggio in un elemento extraparlamentare e certamente non democratico, che è appunto la classe dei funzionari, compresi i funzionari minori, la stessa classe cui guarda con tanta speranza Gaetano Mosca » (p. 189). Altre notazioni di Farneti su Mosca, tutte di grande rilievo, e sulle quali torneremo in seguito, si trovano in P. FARNETI, *Classe politica*, in *Il mondo contemporaneo*, vol. IX, *Politica e società*, t. I, a cura di P. Farneti, Firenze, 1979, pp. 202 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivi rapporti intercorsi tra i due studiosi, del resto assai circoscritti, e comunque limitati dalla acclarata ignoranza della lingua tedesca da parte di Mosca (*id.*, pp. 105 e ss.), quanto confrontare nei due studiosi l'individuazione delle fonti di legittimità per mezzo delle quali la classe politica giustifica l'esercizio del potere ([12]). Secondo Segre, « le varie fonti di legittimità indicate dal Mosca possono essere ricondotte — nella tipologia weberiana — ai tipi ideali di potere legittimo di carattere tradizionale e carismatico » (*id.*, p. 116). Manca dunque in Mosca, sempre nei confronti della tipologia weberiana, « il potere legittimo di tipo legale-razionale » (*id.*, p. 116); e proprio da questa lacuna deriva l'incapacità dello studioso siciliano di fornire una « risposta soddisfacente » ai problemi di legittimazione del potere politico tra Otto e Novecento, in un'età di forte tensione del rapporto Stato-società (*id.*, p. 117). Si parla qui anzi di un vero e proprio « fallimento di Mosca come sociologo della politica » (*id.*, p. 119), consistente appunto nella sua incapacità di comprendere come nei fatti si facesse largo una nuova produzione di legittimità sul piano legale-razionale, per la tendenza del potere politico ad attribuirsi uno statuto organizzativo e di comportamenti rigorosamente calcolabile con strumenti giuridici, e concretamente gestito da una burocrazia professionale. Di contro, e di fronte alla irreversibile tendenza delle dinamiche degli interessi organizzati a condizionare l'esercizio del potere politico, Mosca appare arroccato nella difesa di una legittimità — si potrebbe dire di una ' giuridicità ' — del potere tutta affidata alle virtù pubbliche della ' classe media ', alla quale sola spetterebbe il compito di difendere la razionalità di quel potere dalle ' passioni ' di parte ([13]). Ed è proprio in questa « eccessiva rilevanza teorica della classe media come produttrice di legittimità » (id., p. 120), che si deve scorgere secondo Segre il *limite più evidente* di Mosca come sociologo della politica. È un limite che — come vediamo — si congiunge strettamente al nostro problema del rapporto tra ' giuridico ' e ' politico ', in particolare alla funzione costitutiva e legittimante del primo nei confronti del secondo; ed è un limite che dovremo tener presente quando torneremo sui meccanismi della ' difesa giuridica ' in Mosca, meccanismi per lo più affidati proprio alla solidità di quella ' classe media ' alla quale sopra facevamo riferimento.

Entriamo così definitivamente nel cuore della nostra problematica del ' giuridico '. Alla base della teoria politica di Mosca vi è dunque

---

([12]) Da ricordare in questo contesto anche il saggio di P. P. PORTINARO, *Tipologie politiche e sociologia dello Stato. Gaetano Mosca e Max Weber*, in *Annali della Fondazione Luigi Einaudi*, vol. XII, 1978, pp. 405-438.

([13]) Interessanti osservazioni sul ruolo della ' classe media ' in Mosca, si trovano anche in E. RIPEPE, AMII, pp. 157 e ss., spec. p. 170, sul « disinteresse di classe » della ' classe media ', e la sua conseguente capacità di porsi come nucleo ' obbiettivo ' della società civile, tale da poter svolgere una vera e propria funzione mediatrice tra le classi — le ' vere ' classi! — in lotta.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— secondo le corrette indicazioni di Segre — la tenace resistenza del mito della 'classe media', di una classe costituita da fasce ristrette di lavoro manuale, da tecnici e professionisti, da piccola borghesia e ceto medio commerciale ed impiegatizio, da soggetti espressi da un mondo dell'economia e della produzione, che ancora si trova fuori dai minacciosi schemi della 'democrazia sociale' e del 'capitalismo monopolistico': una classe media che possa costituire un valido argine contro l'intensificarsi dei conflitti sociali, una sorta di *classe-non classe* posta al centro della società, che di essa possa fornire una visione 'organica' ed 'armonica', contro le 'unilaterali' pretese delle altre forze sociali. È una 'classe media' così intesa che consente al potere politico di porsi, attraverso la 'difesa giuridica', come potere autenticamente 'giuridico', contro le passioni e gli interessi determinati della società civile, contro le loro pretese di condizionamento della logica e della razionalità del potere stesso.

La centralità ideale, culturale e sociale della 'classe media' determina dunque il fondamento dei tentativi di legittimazione del potere politico in senso 'giuridico'. Ma 'media' si contrappone in Mosca ad 'unilaterale' così come in lui la forza della 'cultura' si contrappone alle forze meramente, e brutalmente, 'economiche': è questo dato della 'cultura' il vero tessuto connettivo del ceto medio, quasi il suo luogo di autoriconoscimento ([14]).

A proposito di questa centralità della 'classe media' come *ceto colto*, si deve qui ricordare anche il contributo di D. MUSIEDLAK (AMII, pp. 349 e ss.), che, traendo spunto dall'attività di docente di Mosca presso l'Università Bocconi di Milano dal 1902 al 1923, ed individuando in tale Università il tentativo di educazione e formazione di una *nuova aristocrazia* dirigente con gli strumenti delle scienze sociali, economiche, politiche e giuridiche, tenta di mettere in luce le matrici culturali e politico-ideologiche di questo forte bisogno di 'aristocrazia', a suo giudizio dominante in larga parte della cultura politica della seconda metà del secolo scorso: matrici che poi sono le medesime della scienza politica di Gaetano Mosca. Si deve, a giudizio di Musiedlak, ripercorrere una vicenda che muove dalla rivolu-

---

([14]) Ciò conduce tra l'altro, a mio avviso, ad una sostanziale emarginazione della forma-partito dal diritto costituzionale e dalla teoria politica di Mosca: o del partito non vi è bisogno, in quanto la 'classe media' si organizza direttamente nelle istituzioni e per il tramite delle istituzioni, o il partito è necessariamente pericoloso — fazione, e non partito —, in quanto riferito a quelle forze 'unilaterali' che dello strumento-partito si servono, non già a fini partecipativi ed organizzativi, ma per attaccare proprio quelle istituzioni che si giovano del consenso attivo della 'classe media'. Per ciò che riguarda l'interesse dimostrato per queste problematiche nei Seminari in discussione, cfr. G. SOLA, AMII, pp. 271 e ss., in particolare p. 286 per i limiti sul punto della teoria politica moschiana; e L. COMPAGNA, AMII, pp. 315 e ss., spec. pp. 327 e ss., per l'avversione di Mosca allo 'spirito di partito'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione francese intesa come strappo violento ed arbitrario sulla realtà storica, tale da sradicare quella 'naturale' aristocrazia dirigente, che era appunto compito del presente ricostituire. Svolge una funzione determinante in questo contesto proprio una delle fonti più rilevanti di Mosca, quell'Hippolyte Taine, «la cui opera può essere considerata una delle matrici ideologiche del XX° secolo» (*id.*, p. 350). E nell'àmbito complessivo della radicale opposizione allo 'spirito giacobino' assume un ruolo decisivo il modello costituzionale, e la storia costituzionale inglese, intesa come storia di continuità istituzionale, come storia *giuridica*, in alternativa alla storia politica francese, tutta dominata da una continua alternanza di rivoluzione e reazione: soprattutto intesa come storia diretta da una 'aristocrazia attiva', appunto da quella aristocrazia anche da Mosca affannosamente ricercata (*id.*, pp. 353 e ss.). Proprio la cultura è l'elemento e la forza che qualifica tale aristocrazia, che su questa base può riproporsi come nuova classe dirigente, anch'essa 'naturale', come nell'età di antico regime, anche se non più sulla base della nascita, ma a partire dai nuovi 'titoli' della scienza e del merito personale (*id.*, pp. 355 e ss.). Il nostro quadro di riferimento si arricchisce quindi di un'ulteriore componente: la 'classe media' di Mosca è classe dirigente — tale è stata nel passato, tale è ancora in parte nel presente, tale può e deve essere ancor più nel futuro — in quanto ceto colto; solo per questo tramite decisivo la 'classe media' è *governo giuridico*, cioè classe dirigente 'naturale', che non scaturisce dalla meccanica combinazione delle forze politiche e sociali, non viene imposta dalla 'forza' di una 'parte' della società.

Mosca muove dunque da una 'classe media' intesa come ceto colto, capace di esprimere una nuova aristocrazia dirigente, per costruire molte delle sue opzioni in sede teorico-scientifica, ed anche pratico-politica. Una rilettura sotto questo profilo dell'opera moschiana, per lo meno dalla *Teorica* agli *Elementi*, passando attraverso il saggio su *Le costituzioni moderne* del 1887, sembra a questo punto del tutto necessaria. Ed in parte, anche se per accenni, è già stata tentata da R. Salvo (AMI, pp. 333 e ss.), che, al di là della questione — da lui esaminata — di una determinata presenza, ed influenza, della situazione socio-economica siciliana di fine secolo nella teoria politica di Mosca, in realtà pone problemi più complessivi, che attengono ancora una volta alla concezione della 'classe media' come elemento costitutivo della teoria della classe politica. Balza qui in primo piano l'avversione di Mosca per l'affarismo borghese (*id.*, pp. 342 e ss.), e per la Camera dei deputati in quanto rifletta questa dimensione del dato economico, degenerata rispetto alla solida via maestra indicata da Mosca medesimo con la centralità della 'classe media'. Da questa prospettiva di fondo, che coinvolge nel giudizio negativo — come vedremo — anche la 'democrazia sociale', derivano le proposte di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mosca, qui analizzate da Salvo, e contenute, sia nella *Teorica*, che nel saggio su *Le costituzioni moderne*.

Torneremo più avanti su queste problematiche. Per ora si può segnalare quanto Salvo afferma: che il « progetto di organizzazione dei ceti medi » (*id.*, p. 345) — in particolare contenuto nel saggio del 1887 — in realtà finisce per tradursi in « soluzioni completamente fuori dai tempi » (*id.*, p. 346), affidando per intero la propria realizzabilità e credibilità politica a quel dato della ' cultura ' spesso mitizzato dallo studioso siciliano, e poi, alla fine, in concreto addirittura identificato con la presenza formale del titolo di studio: la laurea come fondamento della capacità di governo ([15]).

Della inadeguatezza della teoria politica moschiana di fronte ai mutamenti strutturali intervenuti a partire dalla fine del secolo scorso, discute in profondità anche F. FERRAROTTI (AMII, pp. 39 e ss.). Qui la linea interpretativa perseguita da Salvo assume contorni ancora più netti, indicando chiaramente in Mosca un esponente, certamente di primo piano, di una « cultura liberalconservatrice di tipo tradizionale » (*id.*, p. 41), decisamente definibile come « sopravvissuta ai traumi della industrializzazione, di fronte ai ' tempi nuovi ' della storia europea » (*id.*, p. 43). Per Ferrarotti, « storicismo conservatore e naturalismo positivistico » (*id.*, p. 44) inducono Mosca ad una sostanziale incomprensione delle più radicali novità politico-istituzionali e sociali: ciò che riguarda in primo luogo il « partito di massa » (*id.*, p. 48), e poi ancora la stessa organizzazione degli interessi, « fino all'esorcizzazione quasi declamatoria dell'esperienza del sindacalismo » (*id.*, p. 43) ([16]). Ciò che Ferrarotti nega è che Mosca abbia mai varcato il

---

([15]) Il ' progetto ' al quale qui si fa riferimento non può essere analizzato nei dettagli. Esso era contenuto nel saggio dedicato a *Le costituzioni moderne* (Palermo, 1887), e si traduceva, in sostanza, nella formazione di ' corpi provinciali ' ai quali affidare, in un primo momento, l'elezione della Camera Alta, e, successivamente, e gradualmente, tutta quanta l'amministrazione locale. Anche noi siamo convinti che mai come in queste pagine Mosca indichi chiaramente ciò che intende per ' classe media ' — una piccola e qualificata frazione del lavoro manuale, la piccola borghesia, il ceto medio commerciale e impiegatizio, infine soprattutto i laureati, intesi come ceto colto —: per qualche osservazione su questi problemi cfr. M. FIORAVANTI, AMI, pp. 354 e ss. Sono da ricordare anche, a questo proposito, le pagine dedicate a Mosca da A. ASOR ROSA, *La cultura*, in *Storia d'Italia*, vol. quarto, t. 2, Torino, 1975, pp. 1042 e ss., dove, proprio in relazione alle proposte di Mosca ed al ruolo conseguente del ' ceto benestante e colto ', si afferma: « La montagna partoriva il topolino: dalla lunga e documentata analisi delle deficienze del sistema liberale, usciva la proposta di fare estremo ricorso alla buona volontà patriottica e civile degli onesti borghesi di provincia » (p. 1058, nota 2).

([16]) Sui modi di presenza dei sindacati nella teoria politica di Mosca, per ciò che riguarda l'attenzione dedicata a questa tematica dai Seminari di Palermo e di Milano, cfr. il contributo di A. COLOMBO, AMII, pp. 183 e ss., sulla collaborazione di Mosca al ' Corriere della Sera ', ed in particolare le pp. 197 e ss. su ' la classe politica e il movimento sindacale '; le osservazioni di M. ORTOLANI,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

limite tradizionale della « scienza delle istituzioni », a favore di un'autentica « sociologia del potere » (*id.*, p. 48); ed, ai nostri fini, è interessante notare come, secondo Ferrarotti, questa sorta di ' blocco ' dell'analisi teorica si realizzi proprio a livello di quel concetto fondamentale di ' difesa giuridica ' — che più volte abbiamo già incontrato — qui mai esplicitamente richiamato, ma certamente presupposto ad una conclusione di questo tipo: « quando Mosca intuisce l'irriducibilità del potere alla pura forza e si pone il problema della legittimazione basata sul consenso, intravede un percorso di analisi sociologica. Ma l'incapacità di uscire dal recinto del formalismo teoretico gli impedisce di approdare a una lettura criticamente orientata del tema del consenso e della riproduzione sociale del potere » (*id.*, p. 50). Così, il « ricorso ossessivo agli schemi tipologici » da parte di Mosca, lungi dall'essere valutato come ricerca autentica di nuove categorie per la scienza politica, è in realtà per Ferrarotti « tipico meccanismo di esorcizzazione di una realtà percepita come irrazionale ed ostile » (*id.*, p. 50). Il ' formalismo ' del quale qui si discute è quindi funzionale al mantenimento di *un'immagine tradizionale* della politica: ancora una volta la politica della ' classe media ', la politica come risultato di vocazioni personali, di *pura* ' passione ' per l'interesse collettivo, contro la ' *nuova* ' *politica*, ed il suo crescente sostanziarsi in una logica di *mediazione* tra interessi contrapposti ed organizzati — partiti e sindacati —, da assumere come tali all'interno del processo di decisionalità politica, e non più da espungere nel regno delle ' forze unilaterali '.

Tutto ciò di nuovo s'interseca in modo ben visibile con il nostro filo conduttore del ruolo del ' giuridico ', in Mosca, come anche, più complessivamente, in vicende teoriche di questo tipo, che *attraversano* tutta l'area della scienza politica moschiana. Si può qui avanzare l'ipotesi che quella immagine tradizionale della politica, alla quale Ferrarotti allude, tenti di prorogarsi nel corso del nostro secolo per il tramite essenziale della cultura giuridica, che rielabora e rinnova — non possiamo qui dire in quali forme, e secondo quali modalità — quella medesima immagine, ad essa attribuendo il formidabile supporto della necessaria ' obbiettività ' e ' razionalità ', appunto contro i ' perversi ' meccanismi della nuova politica degli interessi, della nuova politica di mediazione. E, per ciò che riguarda specificamente

---

AMI, pp. 517 e ss.; e soprattutto il saggio di G. CAVALLARI, AMII, pp. 225 e ss., dove aspetti rilevanti delle teorie moschiane balzano fuori attraverso l'utilizzazione che di esse fecero i teorici italiani del sindacalismo, ma anche per il tramite delle prese di distanza, di quei teorici, dal legame forte, da Mosca stabilito, tra minoranza dirigente e processo di rafforzamento dello Stato (id., p. 233). Della stessa autrice, cfr. anche il saggio *Classe dirigente e minoranze rivoluzionarie*, Napoli, 1983, dove ancora ricorre più volte il nome di Gaetano Mosca, assieme alla necessità di valutare più da vicino il legame tra sindacalismo rivoluzionario e tradizione elitistica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mosca, si può ulteriormente avanzare l'ipotesi che in questo senso, ed in questo àmbito, le sue opzioni teoriche rimangano effettivamente dentro la sfera del ' giuridico ': che egli costruisca quindi la sua scienza politica *con* i giuristi, e non *contro* i giuristi (17).

Un ' politico ', quindi, fondato sull'ideale di ' buongoverno ', di un governo *giuridicamente* fondato. È questo, in una parola, in Mosca l'ideale del *governo misto*, al quale dedica il suo contributo N. BOBBIO (AMII, pp. 19 e ss.) (18). Il governo misto è caratterizzato, nella teoria moschiana, nel senso di una forma politica che, realizzando il massimo possibile « d'incontro istituzionalmente disciplinato delle varie forze sociali » (*id.*, p. 22), realizza anche il massimo possibile di ' difesa giuridica ', pone cioè le condizioni ottimali per la *difesa della ' natura giuridica '* delle istituzioni, contro la temuta possibilità che il ' politico ' medesimo — inteso proprio come complesso d'istituzioni — venga ad essere ridotto a campo d'esplicazione d'interessi economici ed ideologie politiche tra loro in conflitto. In concreto, il governo misto è quel governo che riesce a contemperare tendenza aristocratica e tendenza democratica, principio autocratico e principio liberale (*id.*, p. 31), che riesce a realizzare una vera e propria « separazione strutturale » dei poteri, separando potere laico e potere ecclesiastico, potere politico e potere economico, potere politico e potere militare (*id.*, pp. 32-34); la dottrina del governo misto è quella dottrina che « esalta lo stato costituito in modo che le diverse forze sociali possano far valere i propri interessi e i loro diritti senza sopraffarsi » (*id.*, p. 26).

Ma vi è poi un senso ultimo di quella forma di governo, di quella dottrina costituzionale. E lo si coglie proprio attraverso il concetto di ' difesa giuridica '. L'obbiettivo che conclusivamente si persegue è appunto di tipo *difensivo*: si vuole *evitare* che le istituzioni dello Stato di diritto liberale, in un'età di profonda trasformazione del rapporto Stato-società, divengano *soggetto* e *strumento* di quella trasformazione, attraverso una ridefinizione delle regole del gioco conseguente ai nuovi livelli di conflittualità tra forze sociali e politiche. La dottrina del governo misto, in quanto promuove l'incontro tra le ' forze sociali ' nelle istituzioni, si traduce *anche* nell'ideale di un *governo moderato*, preoccupato di offrire crescenti garanzie alla libertà dei cittadini, di

---

(17) Un'intuizione di questo tipo era alla base del mio contributo in AMI, pp. 349 e ss., quando indicavo la sostanziale complessità del rapporto Mosca-Orlando, certamente non riducibile ad una mera opposizione del ' realismo ' del primo con il ' formalismo ' del secondo. Cfr. anche *supra* la nota 5, dove però si accenna al rapporto di Mosca con i giuristi sul piano, del tutto diverso, dei modi di lavoro, delle strumentazioni tecniche.

(18) Di Bobbio, si devono segnalare anche i saggi raccolti in N. BOBBIO, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Bari, 1971 (raccoglie scritti pubblicati a partire dal 1957); e l'introduzione a G. MOSCA, *La classe politica*, a cura di N. Bobbio, Bari, 1975 (contiene la parte più significativa degli *Elementi di scienza politica*, nella ed. del 1939).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stabilizzare una condizione di pluralità politico-sociale (*id.*, p. 38); ma, contemporaneamente, presuppone *di necessità* una versione 'razionale' di quelle forze, fino alla loro ipostatizzazione, intende espungere dalle istituzioni la dimensione 'unilaterale' di quelle medesime forze. Con la conseguenza che il valore costituzionale che s'intende tutelare con la formula del governo misto non è solo quello liberale della pluralità, ma anche quello conservatore della *stabilità*. Ed è precisamente questo l'aspetto per noi più interessante del contributo di Bobbio, secondo il quale «tutti gli scrittori che hanno sostenuto l'eccellenza del governo misto l'hanno fatto sulla base dell'argomento che i governi di lunga durata sono sempre stati governi misti» (*id.*, p. 35). Gli esempi storici sono a portata di mano, anche per lo stesso Mosca: «la repubblica di Sparta e la repubblica romana nell'antichità, il regno d'Inghilterra e la repubblica di Venezia nell'età moderna, sono quattro esempi di governi che hanno avuto una durata di secoli» (*id.*, p. 35), proprio grazie al principio-cardine del governo misto. Sotto questo profilo, al governo misto si deve contrapporre in via principale, non tanto il governo dispotico, quanto il *governo semplice*: il difetto delle forme semplici «non è tanto la mancanza di libertà quanto la mancanza di stabilità» (*id.*, p. 25). Ma nella polemica contro il governo semplice in quanto governo instabile non si può non scorgere, in Mosca come in altri, il frutto della critica, ormai quasi secolare, al trauma della Rivoluzione, al giacobinismo politico, al 'mito' della sovranità popolare, che intendeva sottoporre, in modo 'semplicistico', tutte le istituzioni alla dominazione del principio democratico ([19]). Così, sulla base dell'ideale del governo misto, si guarda in avanti, in polemica con il 'collettivismo burocratico', fondandosi su una precisa valutazione della storia politica e giuridica europea, presupponendo una *certa visione* della storia costituzionale europea: condannando, in una parola, la Rivoluzione in quanto *arbitraria rottura* della 'natura

---

([19]) Si potrebbe anche dire: superata la fase del volontarismo rivoluzionario, e del governo 'semplice', si deve ritornare — o comunque pervenire — alla 'costituzione mista', che è poi la base giuridico-istituzionale necessaria per lo sviluppo di quella 'politica scientifica' moschiana, alla quale Bobbio ha dedicato pagine nitidissime: cfr. N. Bobbio, *Introduzione* a G. Mosca, *La classe politica*, cit., spec. pp. XXII e ss., dove si trova anche un'efficace descrizione del conservatorismo di Mosca, e della sua avversione alle 'crisi violente'. Sulle stesse problematiche, cfr., ancora dello stesso autore: N. Bobbio, *Gaetano Mosca e la scienza politica* (1960), in Id., *Saggi sulla scienza politica in Italia*, cit., pp. 177 e ss., spec. pp. 188 e ss. A 'La politica come scienza' è dedicato anche l'interessante paragrafo del saggio di A. Asor Rosa, *La cultura*, in *Storia d'Italia*, cit., pp. 1042 e ss., spec. pp. 1055 e ss., dove il primato della scienza e della cultura è, in Mosca, opportunamente collegato alla già nota centralità della 'classe media'. Notevoli anche le osservazioni in proposito di P. Farneti, *Classe politica*, in *Il mondo contemporaneo*, cit., spec. pp. 202-204, per il legame stabilito tra critica al 'mito' della sovranità popolare, Stato amministrativo, classe media e ruolo della 'cultura'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mista ' della costituzione politica. Restaurare questa ' natura ' è compito della scienza politica di Gaetano Mosca. La scienza politica è lo *strumento* necessario al fine di rimettere in moto la ' naturale ' dinamica costituzionale, turbata dagli avvenimenti rivoluzionari. La scienza politica è, in una parola, lo strumento di restaurazione del *governo giuridico.*

3. *Alcuni testi moschiani. Conclusioni.*

Alcune riflessioni, a proposito di tre fondamentali testi moschiani — la *Teorica* del 1884, il saggio su *Le costituzioni moderne* del 1887, gli *Elementi di scienza politica* del 1896 ([20]) —, serviranno infine a mettere ordine, a raccogliere le osservazioni fin qui formulate, ed a tentare una qualche conclusione, in ordine al nostro problema, del significato e del ruolo del ' giuridico ' nell'opera di Gaetano Mosca.

Conviene prendere le mosse dal saggio su *Le costituzioni moderne,* che appare veramente di rilevanza centrale per l'analisi che stiamo conducendo. Di esso, non si è fino ad ora notato, con la sufficiente attenzione, come sia sostanzialmente strutturato in due parti: rispettivamente i primi due capitoli, dedicati a ' Il Capo dello Stato ed il Gabinetto ', che culminano in una serie di proposte di riforma istituzionale ([21]), e gli ultimi due capitoli, dedicati a ' La rappresentanza

---

([20]) Adoperiamo i tre testi nelle loro rispettive prime edizioni: *Sulla Teorica dei Governi e sul Governo parlamentare. Studi storici e sociali,* Palermo, 1884; *Le costituzioni moderne,* Palermo, 1887, in G. Mosca, *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica,* Milano, 1958, pp. 445 e ss.; *Elementi di scienza politica,* Torino, 1896. È perfino superfluo osservare che la nostra lettura di tali testi è quasi incidentale, del tutto conseguente alle osservazioni sopra formulate in sede di recensione ai Seminari di Palermo e Milano. In particolare, sempre per il periodo 1884-1896, l'analisi del significato e del ruolo del ' giuridico ' in Mosca — ricordiamo che di questo specificamente ci stiamo occupando — dovrebbe essere completata quanto meno con uno studio dettagliato dei saggi di diritto costituzionale dello stesso studioso siciliano. Prescindiamo infine, in questa sede, dalla periodizzazione dell'opera moschiana proposta da Ettore A. Albertoni, AMI, pp. 63 e ss. (già in Id., *Gaetano Mosca. Storia di una dottrina politica,* cit., pp. 245 e ss.); ed in Id., *Lo stato della ripresa degli studi sul pensiero politico di Gaetano Mosca* (*Genesi e sviluppo delle dottrine della classe politica secondo uno schema di periodizzazione critica*), in *Annali della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Milano,* II, 1982, pp. 495-529 (in questo saggio, Albertoni riprende e rielabora parzialmente la Relazione presentata al Seminario di Palermo, *supra* cit.).

([21]) Non possiamo qui esaminare in dettaglio tali proposte: cfr. G. Mosca, *Le costituzioni moderne,* in Id., *Ciò che la storia,* cit., pp. 493-496, dove si conclude il secondo capitolo, riassumendo i contenuti di questa prima parte del lavoro (primi due capitoli), e con essi le proposte medesime: Consiglio privato del Sovrano, Corte Suprema giudicante sulle illegalità costituzionali dei Ministri, legalizzazione e regolamentazione del procedimento con il quale la maggioranza parlamentare costringe il Governo alle dimissioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nazionale ' e all' ' Indirizzo della riforma politica ', che contengono quella proposta di organizzazione della ' classe media ', alla quale già abbiamo fatto riferimento (22). È nel rapporto tra queste due parti del lavoro, che si deve cogliere l'originalità dell'analisi moschiana: il passaggio dall'una all'altra contiene infatti il passaggio alla « scienza politica », che consiste per Mosca « nel saper capire l'indirizzo sociale, che necessariamente devono seguire i popoli della moderna Europa, e nel saper prevenire a prevedere le scosse violente col trasformare a tempo le istituzioni vigenti, adattandole gradatamente all'indirizzo politico dell'avvenire » (23). Le riforme istituzionali, delle quali Mosca si occupa nella prima parte del saggio, non sono dunque sufficienti da sole a fornire una risposta adeguata ai tempi. Lo spazio nel quale quelle riforme si muovono è costituito dal diritto costituzionale strettamente inteso, da un diritto costituzionale nel quale i protagonisti sono esclusivamente gli organi dello Stato: il Sovrano, il Gabinetto, le Camere. Agire, con i necessari progetti di riforma, *solo* a questo livello significa dare per scontato un rapporto armonico e non conflittuale tra Stato e società, tra istituzioni e realtà sociale. Significa soprattutto presupporre una sostanziale egemonia di quella ' aristocrazia attiva ' espressa dalla ' classe media ' sulla quale in Inghilterra il governo parlamentare aveva storicamente costruito le sue fortune (24). Ma la ' moderna Europa ', della quale Mosca parla, è caratterizzata proprio da una minaccia continua all'egemonia della ' classe media ', indebolita, e quasi spezzata al proprio interno, dalle nuove forze dell'industrialismo monopolistico, del capitalismo finanziario, della democrazia sociale.

Qui si radica la necessità storica di una nuova scienza politica. Al di là delle differenze di strumentazione concettuale, tecnica e metodologica, diritto costituzionale e scienza politica hanno in comune, nella realtà sociale, il necessario riferimento alla centralità della ' classe media '. Ma, mentre il diritto costituzionale *presuppone* quella centralità, e lavora per la sua espressione formale nelle istituzioni, la scienza politica è costretta a lavorare per ricostituire quella medesima centralità, per difenderla e riproporla come ideale politico del futuro. Non vi è dunque un ' prima ' ed un ' dopo ' fondato su un astratto rapporto di opposizione tra diritto costituzionale e scienza politica. Si può anzi affermare che *la scienza del diritto costituzionale è la scienza*

---

(22) Cfr. *supra*, nota 15.

(23) G. Mosca, *Le costituzioni moderne*, cit., p. 496.

(24) *Ibid.*, pp. 495-496, dove è evidente la consapevolezza di Mosca di non poter limitare la sua indagine nei confini del diritto costituzionale formalmente inteso, proprio a causa della distanza storica che separa il modello ' classico ' parlamentare inglese dalla situazione europeo-continentale di fine secolo. Sui limiti di quel diritto costituzionale, che da solo « non basterà mai a sciogliere il problema politico », cfr. id., p. 478.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politica dell'età liberale, così come la nuova scienza politica è la dottrina della costituzione dell'età della crisi. Così, Mosca, entrando in pieno — come abbiamo visto — nel territorio della scienza politica, non abbandona affatto la tematica costituzionale, ma la amplia, attribuendo ai problemi di riforma costituzionale un significato nuovo, che è comprensibile solo in termini di riorganizzazione delle forze sociali nelle istituzioni. Mosca non giunge dunque in modo neutrale ed avalutativo allo studio della scienza politica: vi giunge invece con il preciso intento di salvare il fondamento politico-sociale della tradizione costituzionalistica, cioè, ancora una volta, l'egemonia della 'classe media'. Vi è quindi in lui un'effettiva forte tensione a liberarsi dai 'formalismi' del diritto costituzionale, a studiare la costituzione come risultato di rapporti complessi tra le forze sociali: ma, nello studio di tali forze, tutte le sue energie sono rivolte alla conservazione di un ruolo egemone a favore del ceto medio colto, contro le forze 'unilaterali' del nuovo «industrialismo» e delle «masse popolari» (25).

Con la conseguenza che la nuova scienza politica è nient'altro che una proposta nuova — nel senso di diversamente articolata — di difesa dei vecchi equilibri sui quali si era fondato il diritto costituzionale dell'età liberale: con essa si vuole salvare l'integrità di quella «classe, che possiede la cultura superiore e disimpegna tutte le professioni scientifiche, che scarsa di numero e di forza materiale s'impone colla immensa superiorità del suo sapere, che non possiede né i capitali né le braccia per creare la ricchezza, ma rappresenta la ragione e la scienza fra gli interessi e le passioni di coloro che la producono, e senza la quale sarebbe impossibile il funzionamento di tutto il complicatissimo organismo economico e sociale della civiltà odierna, finirebbe qualsiasi concezione elevata del diritto e della giustizia sociale, sarebbe distrutta gran parte della splendidissima cultura del secolo decimonono» (26).

La lunga citazione è giustificata dal fatto che in essa troviamo il fondamento di tutta la seconda parte del saggio del 1887, l'ispirazione fondamentale di quella 'riforma politica', che dovrà essere condotta avanti con i nuovi strumenti della scienza politica (27). Tale

---

(25) *Ibid.*, pp. 452-453.

(26) *Ibid.*, p. 454. Cfr. anche p. 529, dove la «classe che vive di lavoro intellettuale», e cioè «i Magistrati, gli impiegati di concetto, i professori, gli ufficiali dell'esercito ... le professioni dette liberali», viene esaltata in rapporto, da una parte alla 'pura' ricchezza industriale e finanziaria, dall'altra ai Parlamentari, intesi come soggetti che si fondano esclusivamente sull'investitura politico-elettorale.

(27) Torna infatti, in queste pagine, puntuale l'osservazione delle insufficienze del diritto costituzionale nella programmazione di un'autentica 'riforma politica': cfr. *Ibid.*, p. 537. Proprio 'indirizzo della riforma politica' è intitolato il quarto e ultimo capitolo del saggio del 1887 (pp. 533 e ss.): non possiamo qui soffermarci — come già detto — sui dettagli di questa proposta di riforma,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scienza nasce dunque, in Mosca, con un contenuto ed un indirizzo fortemente operativo e prescrittivo: ha concretamente la funzione di promuovere una riforma che salvi il « senso morale moderno » — rappresentato proprio dalla ' classe media ' — dagli eccessi dell'industrialismo e della democrazia sociale (28). Riorganizzare le forze sociali nelle istituzioni è necessario proprio perchè « nella disgregazione scomposta in cui giacciono tutte le forze sociali fanno sentire maggior peso le più materiali, quelle che hanno meno bisogno di ordine e disciplina per acquistare un valore, la ricchezza cioè e gli appetiti delle masse » (29). È solo la classe media colta, fortemente « imbevuta delle idee di diritto », che può aiutare la società di fine secolo a « scansare gli urti violenti e le rivoluzioni subitanee » (30); che, dominando nelle istituzioni, può dominare anche nella società — e viceversa —, isolando le spinte disgreganti delle forze ' unilaterali '.

La scienza politica di Mosca nasce dunque con il preciso intento di garantire le condizioni di un ordinato sviluppo delle istituzioni dello Stato liberale, tentando di prorogare nel nuovo secolo quell'egemonia della ' classe media ', che era alla base dello stesso costituzionalismo dell'età liberale. La scienza del diritto costituzionale, per conservare sé medesima, deve trasformarsi in scienza politica: la scienza politica è lo strumento di conservazione dell'essenza politico-sociale del costituzionalismo dell'età liberale. Proprio tramite quella scienza, il liberalismo politico e giuridico tenta la carta della propria assoluta integrità nell'àmbito della nuova società industriale: è la ' scienza ' che indica a quel liberalismo la via della contrapposizione con i nuovi interessi organizzati, con la stessa ' democrazia sociale '. Nella scienza politica di Gaetano Mosca, liberalismo e conservatorismo politico e sociale giungono dunque a completa identificazione. Non vi è liberalismo che non sia obbiettivamente conservatore, così come non vi è conservatorismo autentico che non sia animato da spirito liberale. E questa perfetta saldatura si realizza attorno alla necessità di salvare e di riproporre nel futuro il ruolo dirigente di quella ' aristocrazia attiva ', che aveva costruito il diritto costituzionale dell'età liberale. In una parola, ciò che le forme giuridiche non riescono più a tenere unito, sotto la pressione delle forze ' unilaterali ', deve essere mantenuto in vita, e rinvigorito, dalla scienza politica: questa scienza, al di là di quelle forme, deve conservare il primato del ' giuridico ' nella

---

che riguarda — com'è noto — la composizione della Camera Alta ed il governo locale: cfr. *supra*, nota 15.

(28) *Ibid.*, p. 535. Il ' senso morale ' è alla base dello stesso concetto di ' difesa giuridica ', che apparirà nei più tardi *Elementi di scienza politica* del 1896. Vedremo più avanti come il processo costitutivo di questo concetto sia in certo senso già iniziato nella *Teorica* del 1884.

(29) *Ibid.*, p. 534.

(30) *Ibid.*, p. 536.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

società industriale. La scienza politica è mossa, fin dalle sue origini, da quel 'giuridico', inteso come valore primario da tutelare. Senza scienza politica non si potrà più avere alcun diritto costituzionale.

Anche la stessa *Teorica* del 1884, per quanto diversa in molti sensi dal saggio del 1887, è tutta piena di riferimenti alle problematiche già esaminate (31). Se l'obbiettivo principale della nuova scienza politica è quello di promuovere una 'riforma politica' che rilanci la centralità della 'aristocrazia attiva', la stessa capacità del ceto medio colto di tenere unite le istituzioni dello Stato liberale, ebbene, i lineamenti generali di quella riforma, ed il senso stesso del suo procedere, sono già contenuti, sia pure per accenni, nel saggio del 1884. Troppo spesso si dimentica infatti che la *Teorica* è, quanto meno in parte, una vera e propria opera di politica istituzionale, una sorta di 'rapporto' sulle istituzioni, che non si limita però alla fotografia della situazione esistente, ma propone appunto una vera e propria *linea di riforma* (32). Quale sia la direzione di tale linea, è per noi comprensibile solo in stretta connessione con i connotati che assume l'opzione per la 'riforma politica' proprio nel saggio del 1887 su *Le costituzioni moderne*.

Così, tutte le proposte formulate da Mosca nella *Teorica* si riannodano all'idea centrale di una formazione della classe politica sulla base del merito e della cultura, contro il pericolo di un'occupazione delle istituzioni da parte delle forze della 'ricchezza', o per la via esclusiva delle elezioni, attraverso il momento assorbente della democrazia politica. La 'riforma' consiste allora nell'attivazione di una serie di meccanismi che aprano spazi crescenti ad una classe politica così intesa: alla sua educazione è funzionalizzata tutta la riforma della pubblica istruzione, ed in particolare dell'insegnamento universitario in materia politico-legale (33); e di essa si deve tener conto in via principale nel disegnare l'organizzazione della magistratura (34), e dell'esercito (35).

---

(31) Non entriamo qui nella discussa questione della continuità, o meno, tra i due saggi del 1884 e del 1887. Noi siamo convinti che sussistano differenze rilevanti, ma che si tratti comunque di differenze di stile, di piano, di 'sede' stessa dell'analisi, ma che in effetti si possa parlare di marcata continuità per ciò che riguarda l'ispirazione fondamentale del lavoro di Mosca.

(32) G. Mosca, *Sulla teorica*, cit., pp. 184 e ss. (a partire dal paragrafo VIII del capitolo IV), con riferimento diretto agli organi centrali dello Stato, all'amministrazione locale, alla polizia, alla pubblica istruzione, all'esercito, alla magistratura. Le proposte di Mosca riguardano i Consigli Superiori dei Ministeri, ed in genere l'ordinamento della pubblica amministrazione, che in queste pagine riceve grande attenzione, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, e così via fino al tema — centralissimo — della pubblica istruzione, ed in particolare dell'Università.

(33) *Ibid.*, pp. 245 e ss., e pp. 258-259.

(34) *Ibid.*, pp. 268-269.

(35) *Ibid.*, pp. 270-274.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma nel 1884 è già chiara anche la *funzione* che una simile classe politica deve svolgere. In primo luogo, essa deve indirizzare tutto lo sviluppo delle istituzioni verso l'ideale-limite di un modello politico del tutto privo di 'formula': «quando la nostra classe politica sarà completamente organizzata sulla base del merito personale, quando tutto l'organismo sociale sarà stabile e tranquillo, *allora non ci sarà più bisogno di formole politiche, allora ci potremo dare il lusso artistico della simmetria* ed abolire tutte le stonature e le discordanze, che troveremo nella macchina del nostro Governo» (36). Certo, si tratta appunto di un ideale-limite, ma è proprio prefigurando tale situazione che Mosca scopre il senso ultimo del suo progetto, che è evidentemente progetto di risposta ad uno stato di crisi. La scienza politica è anzi dichiaratamente scienza della crisi. Essa deve promuovere un'organizzazione della classe politica sulla base del merito personale, al fine di difendere le istituzioni dello Stato liberale dall'attacco delle forze 'unilaterali', dall'attacco della 'ricchezza' e della democrazia politica e sociale. Ed ha in tal senso un compito storicamente delimitato. Sullo sfondo, la soluzione della crisi — la realizzazione della 'riforma politica' del saggio del 1887 — riconduce in definitiva al primato del diritto costituzionale, riporta cioè lo sviluppo storico delle istituzioni liberali nel proprio 'naturale' àmbito. Solo quando ciò avverrà, i giuristi potranno tornare al loro mestiere, potranno abbandonarsi al 'lusso artistico della simmetria', eliminando 'stonature' e 'discordanze' all'interno di un modello politico ormai consolidato, perchè non più in discussione nel suo rapporto con i processi di legittimazione politica e sociale. Il sogno della stabilità assoluta si traduce dunque, in concreto, nell'aspirazione ad un governo integralmente giuridico, che la scienza politica vuole costruire, dal quale — come ideale-limite — essa medesima è mossa, determinata nelle proprie fondamentali finalità.

Di tutto ciò ci dà conferma il noto paragrafo undicesimo dell'ultimo capitolo della *Teorica*, dedicato alla 'questione sociale' (37). Rinunziare, da parte dello Stato, ad affrontare tale questione, secondo una logica puramente liberistica, significherebbe, per Mosca, trasformare lo Stato stesso «in una mutua assicurazione dei ricchi contro i poveri», un'assicurazione stipulata a favore della parte economicamente più forte della società, lasciata libera di dominare a proprio piacimento nei rapporti economico-sociali, nel mondo della produzione e dello scambio (38). Il puro liberismo produce dunque per Mosca il dissolvimento del 'politico' nell' 'economico', crea alla lunga un'immagine dello Stato quale presidio dei privilegi delle classi più ricche, induce quindi, in prospettiva, a soluzioni rivoluzionarie, poichè spinge le

(36) *Ibid.*, p. 330. Il corsivo è nostro.
(37) *Ibid.*, pp. 334 e ss.
(38) *Ibid.*, p. 316.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

classi più povere a ravvisare nello Stato medesimo nient'altro che l'organizzazione politico-giuridica dello sfruttamento. È ancora una volta il ceto medio colto che, secondo Mosca, può e deve restituire al 'politico' la sua dimensione autonoma, sottraendolo al conflitto tra le classi. Solo una classe politica egemonizzata dalla 'classe media' può infatti avviare una politica sociale che punti «ad una soluzione pacifica della così detta questione sociale» (39), evitando che la pressione 'unilaterale' sullo Stato delle forze 'economiche' soffochi la dimensione più autenticamente 'politica', la riduca a mero luogo di scontro di contrastanti interessi; solo una classe politica così intesa può affrontare il difficile nodo della legislazione sociale, legittimata esclusivamente dalla propria 'naturale' capacità di governo, e non in quanto direttamente rappresentante i bisogni sociali in conflitto. Ma poichè la scienza politica — come abbiamo visto — prepara una 'riforma politica' che rinsaldi e rilanci il ruolo dirigente della 'classe media', ne consegue che compito della scienza politica è anche questo, di salvare l'autonomia del 'politico' dalle pressioni degli interessi organizzati e delle forze economiche. Sono solo i borghesi benestanti, animati da 'passione' per l'interesse pubblico — e non certo gli uomini di partito, di sindacato, gli uomini che esprimono direttamente gli interessi delle classi o dei grandi 'potentati' economici —, coloro che possono riuscire in questa operazione, per Mosca essenziale, di evitare la dissoluzione del 'politico' nell'attività di mediazione economico-sociale. Se ciò riuscirà, se le istituzioni dello Stato liberale, grazie all'opera della 'classe media', passeranno indenni in mezzo ai nuovi conflitti della società industriale, allora si potrà tornare — come sopra abbiamo visto — alle armonie del diritto costituzionale. 'Politico' e 'giuridico', dunque, lungi dal trovarsi in un rapporto di opposizione, sono minacciati dalle medesime forze 'unilaterali', dalla 'ricchezza' organizzata e dalla 'democrazia sociale': contro di esse, si salvano insieme, o non si salvano affatto.

Ecco dunque perchè, a nostro giudizio, il concetto di 'difesa giuridica', che appare per la prima volta esplicitamente negli *Elementi di scienza politica* del 1896 (40), può dirsi frutto maturo di una riflessione già avviata nella *Teorica* (41): perchè il filo conduttore del 'giu-

---

(39) *Ibid.*, p. 321.

(40) G. Mosca, *Elementi di scienza politica*, Torino, 1896, pp. 125 e ss.

(41) Non si tratta qui ovviamente di rilevare delle mere concordanze testuali, ma di cogliere l'ispirazione moschiana nel suo complesso, dal 1884 al 1896. Si devono tuttavia ricordare quei passi del saggio su *Le costituzioni moderne*, in *Ciò che la storia*, cit., p. 535, dove si discute del «senso morale moderno» (cfr. *supra*, nota 28); e del saggio *Sulla teorica*, cit., p. 327 (è la 'conclusione'), dove si sostiene la necessità di puntare «ad un vero reale rinnovamento di tutta la classe politica, ad attuare di fatto i due grandi fini che politicamente possono dirsi la sintesi di tutta la moderna civiltà: la formazione di questa classe sulla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ridico ', attraverso la teorica della ' classe media ', è già ben presente nell'analisi moschiana delle istituzioni dello Stato unitario nel 1884, sorregge la proposta di ' riforma politica ' nel saggio su *Le costituzioni moderne* del 1887.

Data la nota definizione di ' difesa giuridica ' — del 1896 — come complesso di meccanismi che disciplinano il « senso morale » in una certa società, con lo scopo di frenare i « sentimenti egoistici » delle varie classi e forze sociali (42), si può ora, proprio sulla base dei saggi degli anni Ottanta, attribuire un significato non equivoco ad espressioni così vaghe — come ' senso morale ' —, nelle quali comunque si sostanzia il concetto di ' difesa giuridica '. Difendere il ' senso morale ' di una data collettività significa, in una parola, difendere la sua identità complessiva, al di là delle divisioni di classe, delle lotte tra interessi contrastanti. Ma ciò, a sua volta, non si realizza tanto con un'astratta ricerca di ' valori comuni ', quanto proponendo, e continuamente rafforzando, un esercizio del potere politico che non risulti dalla mera combinazione di quei medesimi interessi, ma che si attui per mezzo di una classe politica che possieda una propria autonoma capacità di governo, fondata sul merito e sulla competenza, dunque su una legittimazione che attraversa tutta la società, e trascende la pura sommatoria — o la meccanica mediazione — delle sue ' parti '. La ' difesa giuridica ' è quindi in concreto nient'altro che l'orientamento di governo di una classe politica egemonizzata dalla ' classe media ', dal ceto medio colto, dalla ' nuova aristocrazia ' dirigente (43). Vi è dunque una fortissima correlazione in Mosca tra

---

base del merito personale e della capacità tecnica, ed il reciproco controllo di tutti i suoi membri »: tenendo presente che — com'è noto — questo aspetto del ' reciproco controllo ' è al centro del concetto di ' difesa giuridica '. Su questo rapporto tra ceto medio colto e ' difesa giuridica ' — indipendentemente dai riferimenti diretti a quel concetto —, sono del resto costruiti alcuni dei più rilevanti saggi di Gaetano Mosca. Tra questi, vorrei ricordare, come veramente fondamentali, *Il programma dei liberali in materia di politica ecclesiastica* (1897), in Id., *Partiti e sindacati nella crisi del regime parlamentare*, Bari, 1949, pp. 61-86; e *Lo Stato città antico e lo Stato rappresentativo moderno* (1924), *Ibid.*, pp. 37-60. Ragioni di brevità impongono di non procedere ad un'analisi ravvicinata di questi — ed altri — contributi moschiani.

(42) G. Mosca, *Elementi*, cit., p. 125 e pp. 132-133.

(43) Abbiamo già visto *supra*, commentando il contributo di N. Bobbio (AMII, pp. 19 e ss.), come sono correlati i concetti di ' difesa giuridica ' e di ' governo misto '. Rinviamo dunque a quelle osservazioni, anche se il problema meriterebbe ben altro approfondimento. Dobbiamo qui inoltre forzatamente lasciare da parte l'analisi di quel concetto di ' tipo sociale ', che Mosca introduce negli *Elementi* (pp. 106 e ss.), e che, a nostro giudizio, è in stretta correlazione con la ' difesa giuridica '. Si possono condividere a questo proposito, in prima approssimazione, le osservazioni di A. Asor Rosa, *La cultura*, in *Storia d'Italia*, cit., pp. 1055-1056, secondo il quale « per Mosca una delle cause della decadenza consiste nella troppo marcata distinzione tra i tipi sociali, da cui deriva l'isolamento della classe politica, il quale a sua volta consente la formazione nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

estensione della ' difesa giuridica ' e *predominio* della ' classe media ' in seno alla classe politica. È nella seguente situazione che si produce infatti il massimo possibile di ' difesa giuridica ': « Una società si trova nelle condizioni migliori per applicarvi una organizzazione politica relativamente perfetta, quando vi esiste una classe numerosa, in posizione economica presso che indipendente da coloro che hanno nelle mani il supremo potere, la quale ha quel tanto di benessere, che è necessario per dedicare una parte del suo tempo a perfezionare la sua cultura e ad acquisire quell'interesse al pubblico bene, quello spirito diremmo aristocratico, che soli possono indurre gli uomini a servire il proprio paese senza altre soddisfazioni che quelle che procura l'amor proprio. In tutti i paesi, che sono stati o sono all'avanguardia della difesa giuridica, o come comunemente si dice della libertà, una classe simile si è sempre trovata » (44).

La borghesia, quindi, come nucleo costitutivo della classe politica, ispirata dall'ideale di governo della ' difesa giuridica ', tutrice del diritto e della obbiettività delle istituzioni. Ma al borghese così efficacemente descritto da Mosca nel brano sopra riportato, al borghese ' virtuoso ', lo studioso siciliano contrappone un'altra figura sociale, il borghese ' affarista ', che giudica invece negativa, continuamente protesa a minacciare « l'equilibrio giuridico » (45). Siamo qui nella sfera della ricchezza mobiliare « potentemente organizzata », nel settore « del credito e del sistema bancario, delle grandi compagnie per azioni »; sono qui gli individui « che hanno il maneggio di centinaia di milioni, possiedono mezzi svariatissimi per allarmare o lusingare interessi molto estesi, per intimidire o corrompere funzionari, ministri deputati e giornalismo » (46).

Solo al primo ' tipo ' di borghese può essere affidato il governo, e la riforma, della cosa pubblica: solo quel borghese realizza, come classe di governo, il massimo possibile di ' difesa giuridica ' (47). È inutile qui sottolineare come certe descrizioni moschiane del borghese ' buono ' e del borghese ' cattivo ', certe idealizzazioni del primo e certe demonizzazioni del secondo, spesso ben poco corrispondano alla

---

seno della plebe di un'altra classe dirigente, in antagonismo con quella che tiene nelle mani il governo legale », con la conseguente presenza di uno stato di conflittualità permanente, che solo un orientamento di governo fondato sulla ' difesa giuridica ' può efficacemente combattere: la ' difesa giuridica ' serve infatti « evidentemente a correggere l'isolamento tra i tipi sociali », rafforzando la classe politica, e preparando un suo graduale, e non traumatico, ricambio.

(44) G. Mosca, *Elementi*, cit., p. 153.

(45) *Ibid.*, p. 156.

(46) *Ibid.*, pp. 156-157.

(47) *Ibid.*, pp. 316 e ss., per una descrizione dei compiti di governo della ' classe media ', ed una riproposizione dell'ideale del ' funzionario gratuito ', indipendente dal potere governativo centrale, come anche dalle forze politiche-elettorali locali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

effettiva realtà sociale della borghesia italiana di fine secolo; e come altrettanto spesso esse siano invece dichiaratamente legate alla nostalgia per un tempo passato, del tutto immune dalle ' perversioni ' del capitalismo monopolistico e finanziario ([48]). Ciò che preme qui rilevare è che, nell'analisi complessiva di Mosca, anche la borghesia può costituire *forza sociale antigiuridica* quando tenda a realizzare un legame diretto tra interessi sociali ed economici organizzati e potere politico. Questo è infatti il medesimo criterio che Mosca adopera anche a proposito dell'altro grande nemico della ' classe media ' — e dunque della ' difesa giuridica ' —, la ' democrazia sociale '.

C'è infatti un piano di contrapposizione tra quella democrazia e la ' difesa giuridica ', che è ideale, ed attiene al peso del ' dogma ' della sovranità popolare, con il quale si vorrebbe, contro le aspirazioni del liberalismo moschiano, far coincidere tutta la classe politica con la classe degli eletti, in quanto designati dal popolo, unica fonte di sovranità: ed a questo aspetto della contrapposizione Mosca ha dedicato pagine assai note, sulle quali non vorremmo soffermarci ([49]). Ma troppo spesso si dimentica che nella critica dello studioso siciliano alle ideologie democratiche — ancora in nome della ' difesa giuridica ' — è contenuta anche la questione fondamentale del *partito politico* come forma organizzativa degli interessi sociali, e del suo rapporto con il potere politico statale: ciò che accomuna appunto questa critica a quella, sopra esaminata, rivolta contro la ' ricchezza organizzata '.

Per capire questo nesso, è necessario riprendere più direttamente proprio la problematica della ' democrazia sociale ', che Mosca affronta nelle pagine conclusive degli *Elementi* ([50]). Il padre della moderna democrazia sociale è Rousseau. Il « germe » è infatti contenuto nella « dottrina che proclama l'uomo naturalmente buono e sostiene che la società lo rende cattivo » ([51]); è dunque la democrazia politica radicale, la concezione giusnaturalistica rivoluzionaria dei diritti individuali pre-statuali che prepara la democrazia sociale: « a noi pare evi-

---

([48]) A noi sembrano esemplari in questo senso alcune pagine degli *Elementi*: ad esempio, p. 345 nota 48, dove ' capitalisti ', ' proprietari di terre ', e ' mercanti ', vengono criticati per la tendenza ad ' eccedere ' nell'accumulo di rendite e profitti, con una descrizione, in verità assai ingenua, dei loro ' doveri ' come soggetti economici; e p. 383 nota 71, dove si critica « l'individualismo europeo », e la « soverchia mobilità della popolazione dovuta alla creazione di nuovi centri industriali », che indebolisce « i legami di famiglia, di colleganza, di vicinato ».

([49]) Mi riferisco qui principalmente alle notissime — e citatissime — ultime pagine degli *Elementi*, dove la ' missione ' della scienza politica è caratterizzata in direzione del tentativo di sottrarre « le classi intellettuali » alla « influenza della democrazia sociale » (p. 389), mettendo « a nudo l'assurdo della concezione democratica » (id.).

([50]) *Ibid.*, pp. 323 e ss.

([51]) *Ibid.*, p. 325.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dente che il socialismo debba essere una conseguenza necessaria della democrazia pura, se almeno per democrazia devesi intendere la negazione di ogni superiorità sociale che non sia basata sul libero consenso della maggioranza » (52). Balza qui in evidenza il primo aspetto della critica moschiana alla ' democrazia sociale ': è l'aspetto che sopra abbiamo definito ' ideale ', che attiene al legame con le ideologie giusnaturalistiche rivoluzionarie, con la ' democrazia politica ' quale idea potenzialmente e praticamente distruttiva di quella ' aristocrazia attiva ' alla quale Mosca affidava tutte le sue speranze. Ma la critica non si ferma a questo punto. Se è vero che il ' socialismo ' è figlio della ' democrazia pura ', non è detto che il figlio sia eguale al padre: è per Mosca anzi ben peggiore del padre medesimo. Non solo perchè il socialismo alimenta la lotta di classe e, con essa, una sorta di ritorno alla preponderanza della forza e del ' valore militare ' nella lotta per la preminenza politica (53); ma anche, e ancor più, perchè in quella ' democrazia sociale moderna ' è insita la tendenza alla *organizzazione* delle grandi masse di popolo, sotto la bandiera delle riforme sociali, alimentando continuamente « la convinzione ormai tanto sparsa che vi sia una questione sociale, che fra poco siano inevitabili importanti riforme del diritto di proprietà, della famiglia, di tutta la presente organizzazione industriale e capitalistica » (54). Si tratta di qualcosa di ben diverso da quella legislazione sociale diretta dal ceto medio colto, che Mosca aveva già auspicato nei saggi degli anni Ottanta (55). Ora, nel contesto di fine secolo, lo studioso siciliano si ritrae impaurito, poichè ritiene d'intravedere, dietro i singoli provvedimenti di legislazione sociale, una tendenza complessiva, che potrebbe condurre alla lunga, sulla spinta degli interessi organizzati in seno alla ' democrazia sociale ', ad un modello politico ' collettivista ', ad una progressiva assunzione dei mezzi di produzione da parte dello Stato (56). Alla fine, su questa via, si avrebbe una tendenziale unificazione nelle stesse mani di potere politico e potere economico, con la totale esautorazione di « quella ricchezza individuale, che in tutte le società mature ha fornito il mezzo di acquistare indipendenza e prestigio senza il concorso dei reggitori dello Stato » (57), e la conseguente soppressione di ogni possibilità di sviluppo della ' difesa giuridica '.

---

(52) *Ibid.*, p. 329.

(53) *Ibid.*, pp. 349 e ss.: qui si discute della tendenza ' anarchica ' in seno al ' socialismo ', e del ritorno — che essa oggettivamente vuole, secondo Mosca — alla società « feudale » (id., p. 351), intesa appunto come società fondata sulla forza e sul ' valore militare ' nella lotta per il dominio politico.

(54) *Ibid.*, p. 334.

(55) Cfr. *supra* nota 37 — e seguenti —, per i riferimenti testuali alla *Teorica* del 1884.

(56) G. Mosca, *Elementi*, cit., p. 335.

(57) *Ibid.*, p. 348.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non è difficile a questo punto ravvisare nelle nascenti organizzazioni di massa, partiti e sindacati, i soggetti che Mosca quasi ossessivamente teme, poichè in essi egli vede l'anello di congiunzione tra ' democrazia pura ' e ' democrazia sociale ': il momento nel quale la democrazia organizza gli interessi e pretende di fare di essi una componente decisiva nel processo di decisionalità politica ([58]). È proprio qui, conseguentemente, il nucleo fondamentale costitutivo del concetto di ' difesa giuridica '. Il ' collettivismo ' è il vero nemico del liberalismo moschiano fondato su quel concetto: laddove per ' collettivismo ' s'intende la tendenza a radicare gli interessi sociali organizzati — siano essi quelli rappresentati dall'affarismo borghese o dai nuovi partiti di massa — entro il modello politico, entro lo Stato, inteso da Mosca come unico soggetto politico razionalmente agente.

Tutta la teoria politica di Mosca conduce quindi, in ultima analisi, a distinguere *tra forze sociali giuridiche ed antigiuridiche*. Giuridiche sono quelle forze — come la ' classe media ' — che contribuiscono a mantenere integra la razionalità del potere politico di fronte alla parzialità degli interessi, antigiuridiche quelle forze che vogliono piegare quella razionalità a queste parzialità: si ha, in definitiva, più o meno ' difesa giuridica ' a seconda della capacità, o meno, del potere politico di respingere gli attacchi degli interessi organizzati, riproponendosi come soggettività in sé dotata di propria autonoma razionalità. La ' missione ' della scienza politica di Gaetano Mosca, e la stessa ' missione ' del ceto medio colto come classe politica di governo, è tutta qui: salvare le armonie dello Stato liberale dall'irruenza dei particolarismi sociali, salvare *la costituzione* dello Stato liberale dalle pressioni, e dai condizionamenti, di una società che non può più essere assunta come dato omogeneo, che in sé già propone nuove minacciose forme di potere. La teoria moschiana della classe politica nasce in questo àmbito storico e concettuale, come tentativo di ricostituire un'egemonia organizzata del ceto medio colto, di evitare la dissoluzione della stessa classe politica in gruppi d'interesse direttamente legati ai conflitti in atto nella società.

Nella contrapposizione dello Stato, sorretto dalla capacità di governo della ' classe media ', ai ' nuovi poteri ' nascenti nella società industriale — concentrazioni monopolistiche, grandi concentrazioni di capitale finanziario, partiti, sindacati — deve essere vista per Mosca la capacità dello Stato stesso di realizzare il massimo di ' difesa giuridica ', di porsi esso medesimo come soggetto giuridico: lo Stato è

([58]) È bene qui precisare che partiti e sindacati non sono direttamente presenti nelle pagine di Mosca (cfr. comunque, *Ibid.*, p. 322 nota 24): ma è continuamente presente — ed è questo ciò che interessa — il timore per l'organizzazione degli interessi che si vanno maturando in seno alla ' democrazia sociale ', secondo forme che saranno appunto quelle del sindacato e del partito.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di diritto proprio in quanto riesce a rimanere estraneo ai nuovi conflitti della società industriale.

La nostra indagine sul ruolo ed il significato del 'giuridico' in Mosca ci ha condotti dunque ad un esito preciso: la nuova scienza politica, proprio in omaggio ad una versione rigida di quel 'giuridico', esclude dagli orizzonti della 'riforma politica' da essa propugnata i nuovi soggetti collettivi della società industriale, in essi ravvisa a senso unico altrettanti veicoli di disgregazione dell'unità della società liberale storicamente realizzata sotto la guida della 'classe media'.

È il 'diritto' — la 'difesa giuridica' — che consente, e nello stesso tempo impone, di distinguere tra le varie forze sociali, valorizzando solo quelle che contribuiscono a rafforzare la tradizionale identità statale: le forze antistatali sono dunque le forze antigiuridiche, e viceversa. 'Politico', 'giuridico' e 'statale' sono sulla stessa linea, che è la linea della società liberale del secolo diciannovesimo, diretta da quella 'aristocrazia attiva', alla quale anche la dottrina politica di Mosca affidava il ruolo di protagonista. Ma se ogni deviazione da questo modello è definita 'antigiuridica', così come 'antigiuridico' è considerato ogni tentativo di organizzare gli interessi in seno alla nuova società industriale, e di radicarli nel contesto del modello politico, ne deriva che, per un liberalismo come quello moschiano, 'antigiuridica' è gran parte della storia costituzionale e politica del nostro secolo. Proprio la vicenda intellettuale di Gaetano Mosca (59) dimostra, in ultima analisi, quanto fosse problematica un'effettiva emancipazione della scienza politica dal diritto costituzionale. I bisogni di comprensione di una realtà nuova, determinatasi con la crisi della società liberale, rimasero dunque insoddisfatti, e nel vuoto che in questi termini si era ormai aperto si inserirà il nuovo soggetto protagonista della pubblica amministrazione. La scienza del diritto amministrativo avrà successo nello sforzo di emancipazione dal diritto costituzionale, riuscirà cioè laddove la scienza politica aveva fallito. La vera nuova scienza politica della tarda età liberale sarà questa scienza del diritto amministrativo, si tradurrà in una tecnica giuridica di mediazione degli interessi all'interno della pubblica amministrazione. La 'difesa giuridica' sarà dunque interamente affidata alla coerenza interna dello Stato amministrativo, alla sua capacità di porsi in posizione di 'giuridica supremazia'. Dei 'virtuosi' borghesi di Gaetano Mosca non c'era più alcun bisogno.

---

(59) Qui esaminata nel periodo 1884-1896. È chiaro che i problemi da noi posti imporrebbero un'analisi puntuale anche dell'ultima fase del pensiero moschiano, che dobbiamo tralasciare. Si può solo dire che, a nostro giudizio, i pur rilevanti mutamenti intervenuti nella maturità non saranno tali da incidere in profondità nelle dottrine elaborate nel periodo qui considerato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

STORIA DELLA CANONISTICA MODERNA E STORIA DELLA CODIFICAZIONE CANONICA

1. Vicenda singolare quella della 'Storia del diritto canonico' nella prima metà di questo secolo. Disciplina autenticamente storiografica (pecca perfino di ovvietà la precisazione), essa ha cominciato a prender forma scientifica quando, nella seconda parte del secolo XIX, soprattutto in Germania ma anche in Francia, personaggi di grosso rilievo intellettuale, con sicura metodologia storiografica, hanno iniziato ad approfondirne, da storici del diritto, figure momenti e istituti, togliendola così dalle secche di una canonistica curiale che continuava ad impicciolirla e a isterilirla nella veste di premessa o appendice al diritto canonico vigente (un diritto canonico che, a fine Ottocento, è ancora il monumentale *ius decretalium*, dove storia e disciplina vigente non sono separabili per la continuità normativa di un assai risalente apparato di fonti).

Disciplina storiografica che può tuttavia conseguire la storicizzazione compiuta del suo oggetto soltanto se lo storico depone gli occhiali generici, ne inforca degli specifici, fa sua una problematica, una consapevolezza, una visione del mondo giuridico, fa sua la conoscenza non episodica e non epidermica dello istrumentario tecnico, che una confessione religiosa — la Chiesa Romana — ha elaborato dalle origini, con un progetto 'culturale' e 'politico' mai dimesso e anzi portato avanti sino ad oggi con precisa convinzione (1).

---

(1) La convinzione che il diritto sia tessuto necessario alla vita della società religiosa e che, conseguentemente, il diritto canonico sia strumento necessario alla Chiesa Romana anche per un compiuto esercizio della sua missione pastorale domina la Costituzione Apostolica 'Sacrae disciplinae leges', con cui il 25 gennaio 1983 viene promulgato il secondo — e attualmente vigente — *Codex iuris canonici*. Sotto un simile profilo questo *Codex*, che è pure decisamente innovativo rispetto al precedente a a tutta la tradizione canonica, non smentisce un atteggiamento che accomuna senza incrinature l'ordinamento pre-costantiniano, la Chiesa medievale e tridentina con quella del Concilio Vaticano Secondo. Qualche notazione in proposito in P. Grossi, *Novità e tradizione nel diritto sacro*, in *Il Foro Italiano*, luglio-agosto 1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il privilegio — e il rischio — della ' Storia del diritto canonico ' sta tutto qui: essa chiede di venire indagata — specialmente quando si identifica in quello che è il suo momento più caratterizzante, la storia della *scientia iuris* — non da un soggetto generico, ma da un ricercatore che unisca sicurezza di metodo storiografico e altrettanta sicurezza di preparazione ' tecnica ' (dove ' tecnico ' vale semplicemente per ' specifico ', serve a denunciare cioè il riferimento a un patrimonio di elaborazione pratico-concettuale assolutamente non pretermissibile, pena la ascientificità dell'indagine); essa insomma chiede di venire indagata da uno storico del diritto che sia anche canonista. E il rischio è appunto qui: sia lo storico del diritto sia il canonista non si improvvisano.

In questo secolo, dopo il rilevante sbozzamento da parte dei grandi Maestri tedeschi (2) (per primi vengono alla mente i nomi di Maassen, di Schulte, di Thaner, di Stutz), ha avuto una singolare vicenda, che lasciava presagire un itinerario sicuro. Si profilavano all'orizzonte alcuni storici del diritto canonico di grosso rilievo culturale, intellettuali non episodicamente ma professionalmente, con un impegno totale, dediti alla ricerca nel campo, e perciò sorgeva legittima la speranza nel nascere di scuole vigorose e quindi di una continua germinazione e geminazione di interessi di studio. Pensiamo soprattutto, in Francia, a Paul Fournier e a Gabriel Le Bras, in Germania, a Franz Gillmann e a Stephan Kuttner, quest'ultimo tedesco di origine ma da sempre cittadino del mondo.

Siamo ai fertili anni '30, segnati da opere come la ' Histoire des collections canoniques ' di Fournier e Le Bras che risale al 1931-32 e il ' Repertorium der Kanonistik ' di Kuttner che è del 1937.

Si è avuto, dopo queste fondazioni sicure, lo sviluppo di un conseguente itinerario? Non ci sentiremmo di poterlo affermare: o, almeno, i progressi scientifici della ' Storia del diritto canonico ', nella sua immagine più autentica di storia della scienza canonistica, non sono stati tali quali la precedente fioritura lasciava presagire. Fournier moriva nel 1935 (3); Gillmann si spegneva nel 1943 (4); Le Bras, cui

---

(2) In misura incredibilmente più ridotta dettero il loro contributo gli studiosi francesi (come Tardif, Esmein, Genestal), anche se va riconosciuto che intorno alla cattedra di ' Histoire du droit canonique ' presso l'Ecole des Chartes è costante una operosità di ricerca.

(3) Si veda il pacato bilancio critico di Gabriel LE BRAS, *Paul Fournier. Sa carrière, son oeuvre, son esprit*, in *Revue historique de droit français et étranger*, s. IV, XV (1936), p. 1 ss.

(4) A molti lettori dei ' Quaderni fiorentini ' il nome di questo prete secolare tedesco, che fu dapprima parroco e poi professore di diritto canonico, risulterà pressoché ignoto. Alla sua costanza e alla sua passione di ricerca si debbono contributi non dimenticabili sui Decretisti e sui primi Decretalisti. Si veda G. OESTERLE, *Francisco Gillmann septuagenario*, in *Apollinaris*, VIII (1935),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pur si deve il varo di una ambiziosa e tuttora incompleta 'Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident' (5), si lasciava sempre più irretire dalle lusinghe della 'Sociologia religiosa'; soltanto sulle spalle di Kuttner, che, costretto a lasciare l'Europa, continuava la sua opera in varie Università nordamericane (6), restava il fardello di definire un programma organico e a largo raggio. Si veniva a creare un clima di ricerca abbastanza rarefatto (7). Ne è un esempio l'edizione critica della *Summa Decretorum* di Uguccione che, pensata e organizzata subito dopo la seconda guerra mondiale, malgrado i finanziamenti del Consiglio Nazionale delle Ricerche italiano e la buona volontà di qualche zelante operaio, è restata, dopo tanti anni e fatiche, nell'inventario delle speranze e forse di quelle più vaghe (8). D'altra parte, la stessa ricca — e, per molti versi, singolare — fioritura di studi canonistici, che si anima, intorno agli anni '40, in Italia, intorno alla personalità precocissima e vivacissima di Pio Fedele e al suo 'Archivio di diritto ecclesiastico', rivela un'attenzione solo sporadica per la dimensione storica, pretermessa rispetto alla più forte esigenza di individuare canoni metodologici generali per uno studio genuinamente scientifico del diritto canonico.

---

p. 294 ss. (un elenco delle opere di Gillmann fino al 1935 è *ibidem*, pp. 612-613); ma soprattutto N. HILLING, *Franz Gillmann*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 122, pp. 93-95.

(5) I cui 'Prolégomènes' apparvero, come primo volume, nel 1955.

(6) Ed ecco, già nel 1943, la fondazione di 'Traditio-Studies in ancient and medieval history thought and religion', di cui sono *editors* Kuttner appunto, allora professore di 'History of canon law' alla 'Catholic University of America' di Washington, e Johannes Quasten, professore di 'Ancient Church history' nella stessa Università, e dove Kuttner stampa il suo celebrato saggio su 'Bernardus Compostellanus antiquus'. È invece del 1955, in seguito al voto formulato dal Congresso grazianeo di Bologna del 1952, la fondazione, sempre a Washington, di un ente di ricerca specificamente orientato sul terreno storico-giuridico, lo 'Institute of research and study in medieval canon law'.

(7) Un filone, che — viceversa — avrebbe trovato cospicua attenzione anche nel secondo dopoguerra, è la storia del diritto canonico intesa come storia delle istituzioni ecclesiastiche. Uno scorsa, anche rapida, dei volumi della sezione canonistica della 'Zeitschrift der Savigny-Stiftung' lo segnala facilmente, così come lo segnala l'esame anche sommario del più ampio e ricco 'manuale' che possediamo; nel piano della grossa 'Geschichte des Kirchenrechts' di Willibald Plöchl il secondo *Band*, in un volume, studia 'Das Kirchenrecht der abendländischen Christenheit 1055 bis 1517' (Wien, 1955); il terzo *Band*, suddiviso in tre parti e in tre rispettivi volumi studia 'Das katholische Kirchenrecht der Neuzeit' (Wien, 1959, 1966, 1969). Esiguo è lo spazio dedicato alla storia della scienza canonistica, a fronte della minuziosa attenzione per la Chiesa organizzazione e istituzione.

(8) Vedila già segnata all'attivo del novello 'Institute of research and study in medieval canon law' nel *bulletin* del 1955 (cfr. *Traditio*, XI (1955), p. 435). Cfr. anche il primo bilancio — consuntivo e preventivo — fatto, già nel 1955, da L. PROSDOCIMI, *La « Summa Decretorum » di Uguccione da Pisa - Studi preliminari per una edizione critica*, in *Studia Gratiana*, III (1955), p. 349 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. Nella prima metà di questo secolo la vicenda della 'Storia del diritto canonico', intesa nel suo senso più autentico e rigoroso quale storia della scienza canonistica, ci presenta un discontinuo bilancio scandito in momenti di alacrità e in momenti di stanchezza. Ma un fatto è certo: i momenti di alacrità hanno tutti un oggetto storico ben definito: il diritto canonico pre-classico e classico, l'età delle Collezioni canoniche, l'età dei Decretisti e dei Decretalisti. Un vuoto pressoché assoluto circonda invece l'itinerario scientifico del diritto canonico dal Concilio di Trento alla prima codificazione del 1917, un vuoto che avvertiamo minimizzato dal pretestuoso e spicciativo giudizio che il periodo post-tridentino rappresenta una zona stagnante almeno per l'osservatorio della storico-giurista. Dalla zona stagnante il canonista pescava — e pesca ancor oggi — alla rinfusa qualche citazione per i propri lavori di diritto positivo, allungando lo sguardo un po' più addietro delle proprie spalle, sì da poter mettere, accanto ai nomi del Wernz del Lega del Cavagnis del Cappello del Gasparri del Conte a Coronata e via dicendo, quelli, ammantati dall'autorità del tempo, di Laymann, Pirhing, Engel, Reiffenstuel, Schmalzgrueber, Pichler.

L'uso che la canonistica curiale ha fatto di queste rilevanti testimonianze è stato, a dir poco, impietoso, con una totale strumentalizzazione e con la assai relativa comprensione che proviene dalla mancata storicizzazione di modelli storici. Nelle note dei canonisti questi antichi Maestri post-tridentini restano infatti voci prive di un loro timbro storico, soffocate a far da puntello alla interpretazione d'un canone del *Codex* pïano-benedettino all'interno di un ammasso indistinto di *auctoritates*.

Eppure, ci sarebbe tanto da approfondire, diversificare, coordinare. Per rifarsi ai nomi illustri or ora citati, cento anni di intensa storia religiosa separano la data della morte di Laymann (1574-1635) da quella di Schmalzgrueber (1663-1735) e di Pichler (1670-1736), mentre differenze profonde derivano dalla appartenenza a questo o a quell'ordine religioso, dall'essere espressione delle scuole gesuitiche di Dillingen e di Ingolstadt, o di quella benedettina di Salzburg, o di quella francescana di Freising (9). Il panorama, che sembra piatto e smorto all'osservatore superficiale, si mostra, al contrario, estremamente variegato sol che vi si guardi con l'occhio dello storico.

Secoli, anzi, fertilissimi questi per la storia del diritto canonico: il grande polmone della Seconda Scolastica — soprattutto spagnola ma a diffusione europea — ha consentito, dai primi del Cinquecento alla metà del Seicento, una boccata d'aria viva per la teologia morale

(9) A Dillingen insegnano Wagnereck, Pirhing e Schmalzgrueber; a Ingolstadt Laymann, Wiestner, lo stesso Schmalzgrueber, Pichler, Zech; a Salzburg Engel, König, Schmier, Böckhn; a Freising il cappuccino Anacleto Reiffenstuel.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e per il diritto canonico come scienza; sono teologi-giuristi dalle robuste fondazioni culturali, con una percezione finissima, acuita, del mondo storico che li circonda, con una tensione lucida a costruire orditure antropologico-giuridiche rinnovate per un mondo ideologicamente anche se non strutturalmente rinnovato. Dopo, vengono le grandi sistemazioni sei-settecentesche dei canonisti tedeschi; certamente dopo Trento (ci si passi la precisazione, che è solo cronologicamente lapalissiana), ma anche dopo la riflessione neoscolastica. E il problema storico delle scuole canonistiche sei-settecentesche si apre, e si complica, ed esige analisi più ampie ed approfondite.

Per parte nostra, sul terreno della storia del diritto privato, abbiamo qualche anno fa toccato con mano e documentato l'incidenza dei teologi-giuristi spagnoli ([10]); siamo convinti che anche per l'itinerario del diritto canonico sia riscontrabile una pari incidenza, se non altro nel territorio di quello che poi si sarebbe usualmente chiamato *ius publicum ecclesiasticum*. È qui infatti che si delinea nelle scuole una distinzione fra diritto pubblico e privato, che non proviene dal seno della secolare tradizione canonica ma che si presenta come l'imitazione servile di modelli affatto esterni. Un tramite è sicuramente offerto dalla grandiosa riflessione progettuale della Seconda Scolastica che è tutta proiettata a cogliere i valori del ' nuovo ' mondo. Ma nessi profondi e sottili, però precisi, si propongono anche con le nuove suggestioni della politologia laica operante ormai nell'àmbito di robuste strutture statuali. Ed è grave — e più generale — il problema storico della insistenza di quei modelli sulla cittadella conchiusa dello *ius ecclesiae*. Ed è urgente l'analisi dello storico-giurista per individuare apporti e canali di derivazione, per collocare questa scienza canonistica nel gioco vivo delle grandi correnti culturali, cui è non è certamente sorda. Nell'àmbito del nostro ' Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno ' di Firenze qualcosa si sta facendo con particolare riferimento a Bellarmino, ma ci sembra un terreno che attende ancora, al di là di qualche episodio confortante ([11]), un organico massiccio dissodamento.

([10]) Ci riferiamo all'Incontro internazionale promosso nel 1972 su ' La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno '. Gli ' Atti ' dell'Incontro sono stati pubblicati con lo stesso titolo presso l'Editore Giuffrè (Milano, 1973), inaugurando la Collana di volumi ' Per la storia del pensiero giuridico moderno ', che si affianca a questi ' Quaderni fiorentini '.

([11]) Vorremmo meno isolata la sorte toccata al Van Espen, indubbiamente privilegiato soltanto in grazia della sua posizione al centro della polemica giansenista e gallicana, cui sono stati dedicati varii contributi e particolarmente una indagine di Michel NUTTINCK, *La vie et l'oeuvre de Zeger - Bernard Van Espen - Un canoniste janséniste, gallican et régalien à l'Université de Louvain (1646-1728)*, Louvain, 1969, certamente insoddisfacente dal punto di vista dei contenuti canonistici ma a cui sta dietro una grossa ricerca anche sulle fonti manoscritte.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La storia della scienza canonistica post-tridentina è ancora, per buona parte, da scrivere, e non costituirebbe un'indagine su personaggi mediocri immersi nel limbo statico d'una Chiesa che ha perduto la sua carica propulsiva e che, dopo Trento, vive rinserrata nella protezione soffocante di un oppressivo apparato disciplinare. Una ricerca storica, se fatta con scavi adeguati, consentirebbe la riacquisizione di un non spregevole patrimonio culturale messo in liquidazione dalla ignoranza e dalla negligenza, quando non dalla prevenzione. Tra l'altro, una ricerca siffatta si aprirebbe su un terreno che, senza discontinuità, batte più tardi alle porte del processo codificatorio.

3. Considerazioni non troppo diverse merita la scienza canonistica ottocentesca quale oggetto di attenzione storiografica.

Il tempo delle grandi sistemazioni è passato, e la canonistica sembra vivacchiare sulle rendite accumulate nei due secoli precedenti. Forse dappertutto, ma non nell'area culturale tedesca: qui il panorama è reso doppiamente vivace dall'innesto di fermenti della scuola storica nello studio del diritto canonico e da un interesse per il 'katholisches Kirchenrecht', né frammentario né scarso, da parte di studiosi protestanti che vengono ad affiancarsi a studiosi cattolici. Gli apporti isolati di parte protestantica, che constatiamo nel Seicento e nel Settecento — da Benedikt Carpzov a Justus H. Böhmer a Georg L. Böhmer — diventano nel nuovo secolo una autentica realtà corale, mai avvilita nella bassa corte della polemica unilaterale, ma sempre su un terreno squisitamente scientifico.

Ne scaturisce una dialettica aguzza fatta di angoli di osservazione e di orientazione assai differenti, e c'è indubbiamente una inevitabile *vis polemica*, ma la levatura dei contendenti impedisce la rissa grossolana. Apre invece preziose riflessioni sull'essenza del diritto canonico, sulla sua riduzione a scienza e a sistema; apre un rilevantissimo discorso sul metodo.

Se si pensa che di questo clima e di questi dibattiti si sono nutriti molti dei futuri protagonisti del Concilio Vaticano Primo e della codificazione pïano-benedettina (nella sua preistoria e protostoria); se si pensa che in esso appaiono immersi quelle che risulteranno le personalità più vive nel dibattito pre-codificatorio, il prete secolare Pietro Gasparri e il gesuita Franz Xaver Wernz, una adeguata ricostruzione storica di questo dibattito si pone non soltanto come la chiarificazione di un momento significativo dell'itinerario moderno della scienza canonistica ma particolarmente come l'insostituibile presupposto interpretativo di tante future determinanti scelte del 'legislatore' canonico nel suo progetto di ordinamento delle fonti.

Uno dei punti più controversi, su cui si spendono le voci più squillanti, è l'esigenza se confezionare il progetto guardando a rilevanti modelli culturali al di là della Chiesa o se, al contrario, utilizzare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le sole forze culturali interne e peculiari alla bimillenaria tradizione canonica. Il protestante Aemilius Ludwig Richter, che scrive nel 1842 un sostanzioso ' Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts ', non ha il pur minimo dubbio: « Das Kirchenrecht trägt sein System in sich; denn nach dem Begriffe der Kirche gliedert sich der ganze Stoff naturgemäss in die Lehre von der Verfassung und Verwaltung der Kirche, als einer geordneten Anstalt, in die Lehre von dem Kirchlichen Leben, in welchem dieselbe ihre Aufgabe löst ... » (12).

È un'idea che conquista gli studiosi più aperti: la ' naturalità ' di un sistema giuridico per la Chiesa, cioè la sua perfetta coerenza con il tessuto teologico della società ecclesiale, scaturirà non da altro che dal patrimonio di tradizione e di consuetudini che la Chiesa stessa ha individuato nella sua storia secolare, che ha nutrito nel suo grembo e che l'esperienza ha collaudato come forme giuridiche adeguate per la sottostante sostanza teologico-morale. È il rispetto della Chiesa come mistero, come realtà sacramentale, è la coscienza della sua irripetibilità, che muove il giurista a cercare soltanto entro i suoi confini gli strumenti sistematici (13).

In questa ottica viene ad esser messo sotto accusa ogni vassallaggio verso la sapienza civile, si incarnasse pur questa nella veneranda manifestazione del diritto romano; ed agli occhi di molti si incrina l'edificio squisitamente romanistico su cui il perugino Lancelotti aveva, a mezzo Cinquecento, costruito con sicurezza le sue *Institutiones iuris canonici* trovando un facile stuolo di estimatori ed imitatori specialmente fra i canonisti dell'area latina. La tripartizione giustinianea in *personae, res, actiones* appare ormai a parecchi un armamentario tecnico eccessivamente schematizzante ed eccessivamente povero per esprimere tutta la complessa ricchezza teologica e storica del diritto canonico. Da qui, anche l'esigenza di architetture logiche che non si cristallizzino in un rigido apparato dommatico ma si aprano disponibili al messaggio della storia.

Di questo dibattito, talvolta aperto ma più spesso sotterraneo, sono testimonianza a fine Ottocento, con le loro certezze, i loro imbarazzi, le loro invenzioni espositive, due uomini estremamente rappresentativi della scienza canonistica, i due futuri protagonisti dell'itinerario verso il *Codex*, vogliam dire il Wernz e il Gasparri. Le loro invenzioni espositive sono eloquenti: il Wernz pubblica, a partire dal 1898, un monumentale *Jus decretalium*, eleggendo la strada del commentario analitico secondo l'ordine delle Decretali contaminato da variazioni secondo l'ordine delle Istituzioni (e tradendo in questo il

---

(12) Citiamo da U. STUTZ, *Die kirchliche Rechtsgeschichte*, Stuttgart, 1905, p. 6.

(13) E qui l'apporto protestantico, con le sue diffidenze originarie per il diritto nella Chiesa, e le sue istanze ugualmente originarie di purezza religiosa, sembra incisivo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proprio imbarazzo metodologico) (14); il Gasparri sceglie il *tractatus* monografico come strumento di sintesi specifica, ed ecco gli organici trattati 'de matrimonio' (1892), 'de sacra ordinatione' (1893), 'de sanctissima Eucharistia' (1897).

L'uno percorre la strada dell'analisi con un continuo richiamo e rinvio alla storia, nella certezza che esaminare le «origines quoque et vicissitudines historicas» non sia tanto un contributo alla «archaelogia ecclesiastica» quanto alla «perfectior cognitio iuris canonici», come si dice nella prefazione alla prima edizione sottolineando con forza, financo tipograficamente, l'aggettivo 'historicas' e la denominazione 'iuris canonici' in un legame di indole squisitamente funzionale (15). E veramente il tessuto costruttivo delle 'praelectiones' del Wernz è tutto proiettato a una piena valorizzazione della dimensione storica — intendiamo della storia ecclesiastica, della storia interna all'ordinamento della Chiesa, della storia a essa Chiesa peculiare — come dimensione caratterizzante e tale da mettere in evidenza l'originarietà ed originalità del diritto canonico come *ius Ecclesiae nativum* (16).

L'altro, timoroso di brecce che il ricorso alla storia può provocare, si rinserra in un'armatura sistematica rigorosissima, che la sua natura di loico gli fa prediligere e che la struttura organica del 'tractatus' esalta. Ma in Gasparri, più che in una vocazione personale, è l'ideologia che conta, e la convinzione che su quell'ideologia poggia. Per lui il sistema è uno strumento difensivo, e la tecnica giuridica è il cemento che dà straordinaria compattezza al sistema, soprattutto quando si tratti di un istrumentario di eccezionale validità e refrattario a ogni usura temporale come quello romano e romanistico (17). La pura giuridicità, che il sistema filtra depurandola da troppe e ingombranti scorie storiche, è una garanzia, appunto una difesa. L'ideologia di Gasparri, che scrive a fine Ottocento i suoi *tractatus*, è veramente tridentina,

---

(14) *Jus Decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris Decretalium*, auctore Francisco Xav. WERNZ S.J. - Tomus I - *Introductio in Ius Decretalium*, Prati, 1913³, n. 56, pp. 69-71.

(15) WERNZ, *Ius Decretalium*, cit., *Praefatio ad primam editionem*.

(16) Le 'praenotiones' con cui si aprono le 'partes' e i 'tituli' nei quali si articola l'elaborato del Wernz, nonché le 'notae' che si aggiungono frequentissime al testo, sono prevalentemente dedicate a esplorazioni e squarci sul cammino storico degli istituti, alla ricerca delle fondazioni storiche di questi, con un criterio metodico che è costante.

(17) La scelta 'romanistica' di Gasparri permea tutto il *Codex* piano-benedettino, e non soltanto per la articolazione fondamentale, ma anche per la copiosa immissione di istituti romani e romanistici (come, ad esempio, nella ossatura del processo). Non sembra pertanto retorica l'affermazione di chi, nel momento immediatamente successivo alla emanazione del *Codex*, ha constatato che «viget ergo ius romanum apud ius Ecclesiae romanae» (così C. BOUCAUD, *Relationes inter ius romanum et Codicem Benedicti XV*, in *Acta congressus iuridici internationalis* - Vol. IV, Romae, 1937, p. 50.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e tridentino è il personaggio, e tridentina è la cifra per la comprensione del canonista, del politico del diritto, del futuro legislatore. Il Concilio che premerà sui confini e modellerà l'architettura del primo *Codex* — codice che Gasparri orienta e determina nelle sue scelte di fondo — non è infatti tanto il Vaticano Primo, semplice occasione — anche se storicamente preziosa — di un discorso nuovo sulle fonti canoniche, quanto il Concilio di Trento con tutto il suo bagaglio di certezze, di definizioni, di anatemi, di armature disciplinari. Cedendo alla foga del discorso, non sarebbe scorretta l'anacronica rilevazione che Gasparri è l'ultimo dei Padri Tridentini (18).

Il discorso, che si va profilando, è complesso, ed attende ancora un'organica attenzione dallo storico: il nodo culturale dell'incontro con gli uomini della Scuola Storica, ma anche fra visione protestantica e cattolica nella costruzione scientifica del diritto canonico; il problema del sistema nella organizzazione del diritto canonico ottocentesco, il problema delle ideologie sottese, delle fonti di ispirazione, i rapporti fra sistema e storia e il loro scambievole rilievo, la strutturazione di possibili sistemazioni diverse a seconda della diversità del materiale cui si fa ricorso. E, più indietro ancora, il problema dei modelli, all'esterno o all'interno della tradizione canonica, e, nello sfondo, l'istrumentario apparentemente neutro del diritto romano, o, più incombenti, gli allettanti e rischiosi risultati della riflessione razionalistica laica collaudati nel nuovo assetto delle fonti statuali.

Un groviglio di problemi avvertito ma non esplorato (19), di cui la canonistica ottocentesca, pur nella sua spesso non rilevante qualità culturale, è specchio abbastanza fedele con le sue cedevolezze e le sue ritrosie, le sue sensibilità e le sue sordità. Groviglio rilevante in sé, ma addirittura rilevantissimo, se si pone mente che, di lì a poco, questo intreccio di idee e problemi si sarebbe compenetrato con lo stesso faticoso itinerario verso la codificazione diventando il necessario terreno culturale da cui prenderà la sua immagine il *Codex*.

4. La redazione di un 'cahier de doléance' è atto facile e ingeneroso; come è facile registrare le omissioni altrui da parte di chi non dà alcun contributo a colmarle. Una tal doglianza si può legittimare se suona non come rimprovero ma come sottolineatura d'un'esigenza, come stimolo ad operare; si legittima per la sua implicita dimensione positiva più che per la esplicita rilevazione negativa.

---

(18) Queste considerazioni, in un contesto più ampio ed elaborato, sono state esposte dallo scrivente in una 'relazione' su Gasparri canonista nell'ambito del Convegno di studio sull'opera di Pietro Gasparri organizzato, il 1° dicembre 1984, presso l'Università di Macerata, dal suo Rettore Attilio Moroni.

(19) Ne è dimostrazione eloquente il 'manuale' di PLÖCHL, *Geschichte des Kirchenrechts*, cit., B.V. - *Das katholische Kirchenrecht in der Neuzeit* - Dritter Teil, p. 318 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questo spirito, accanto al doveroso rammarico per tutti i nodi irrisolti, è perciò altrettanto doveroso constatare e segnalare con soddisfazione una iniziativa ampia, solida e organica che sta prendendo forma concreta, tesa a una adeguata riappropriazione storiografica del processo di codificazione del diritto canonico fra Ottocento e Novecento.

Fino ad oggi le nostre conoscenze si fondavano su contributi slegati, per lo più abbastanza risalenti, fra i quali meritano forse di essere ricordati quelli, ripetuti e documentati, di Nikolaus Hilling, anche se talvolta carenti d'una adeguata metodologia storica (20). Oggi il discorso ha da essere fortunatamente diverso: da parecchi anni un manipolo di docenti e ricercatori, italiani ma non soltanto italiani, ha cominciato un lavoro paziente e capillare su tutta la documentazione anche archivistica attualmente accessibile. Promotore e direttore è Giorgio Feliciani, professore di Diritto canonico nella Università di Pavia che, con eccellente tempra di organizzatore, ha avuto il merito di avvertire la centralità del problema che il processo di codificazione coinvolgeva e la conseguente intollerabilità di un ulteriore vuoto di ricerca, e ha avuto altresì il merito, con una serie di suoi felici interventi (21), di gettare le basi e di delineare possibili itinerari all'opera dei varii gruppi di studio.

Il primo frutto di questo lavorio di anni è, per ora, un libro uscito nel tardo 1983 e dedicato al processo di codificazione del diritto penale canonico (22). Un libro che sollecita la nostra speranza, perché si presenta come il primo di una collana di 'Quaderni' che lo stesso Feliciani ha varato nell'àmbito dei prestigiosi 'Studi nelle scienze giuridiche e sociali' della Università di Pavia, e ci fa presagire per i prossimi anni una messe sicura di risultati; particolarmente attesi

---

(20) Per un esame della copiosissima libellistica dello Hilling (1871-1960), professore di Diritto canonico alle Università di Bonn e di Freiburg/Breisgau, e per lungo tempo protagonista nella Direzione dello 'Archiv für katholisches Kirchenrecht', cfr. K. MÖRSDORF, *Nikolaus Hilling zum Gedächtnis*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 129, p. 1.

(21) Pensiamo soprattutto a: *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Actas del III Congreso internacional de derecho canonico, Pamplona, 10-15 de octubre de 1976*, Pamplona, 1979, e, con più ampio corredo critico, in *Ephemerides iuris canonici*, 33 (1977); *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Ugo Gualazzini*, Milano, 1981; *Lineamenti di ricerca sulle origini della codificazione canonica vigente*, in *Annali dell'Università di Macerata* (Studi in onore di Attilio Moroni), Macerata, 1982, sostanzialmente riprodotto come 'presentazione' del volume di M. VISMARA MISSIROLI - L. MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Padova, 1983.

(22) Maria VISMARA MISSIROLI - Luciano MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Padova, 1983 (Pubblicazioni della Università di Pavia - Studi nelle scienze giuridiche e sociali, N.S. - Volume 36 - Quaderni della codificazione canonica, diretti da Giorgio Feliciani, I).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quelli del gruppo di ricercatori spagnoli dell'Università di Pamplona coordinati da Pedro Lombardia, che sta attualmente lavorando sul terreno, straordinariamente ricco e culturalmente più fertile, relativo alla formazione delle 'Normae generales' del *Codex*.

La nostra speranza è che, grazie a questo scavo finalmente messo in opera da Feliciani, non si faccia soltanto luce su quella che è l'indubbiamente interessante genesi d'un sistema legislativo, sull'incastro di influssi immediati che partoriscono la *norma iuris*, ma anche su tutto il dibattito retrostante. Il progetto codificatorio, che trova nella riunione dei Padri conciliari la sua occasione per prender vita e coraggio, è al fondo di un amplissimo imbuto storico. Dietro a questo progetto — negato, combattuto, irriso; auspicato, difeso, mitizzato — stanno le ansie di una *scientia iuris* che ha per programma principalissimo la riduzione a sistema del gigantesco e informe corpo normativo canonico.

Storicizzare, come fa intelligentemente Feliciani ([23]), le tappe del dibattito dal Vaticano Primo in poi significa cominciare a contribuire alla storicizzazione di tutto il materiale dottrinale anche precedente, significa principiare a dar volto, con una singolare interpretazione *a posteriori*, all'ammasso dottrinale così misconosciuto ed appiattito. I Padri conciliari, prima, e gli operai dell'officina codificatoria, poi, non fanno che fornirci una cassa di risonanza di eccezionale intensità e vivezza per uno stato d'animo che è di tutta la *scientia iuris* canonistica dopo Trento. Vedendo chiaro in quest'ultimo segmento di un filo che corre continuo, si rischia di iniziare a chiarire anche molto cammino della linea precedente; tutt'al meno si saranno poste alcune premesse preziose per un provveduto viaggio a ritroso. Mai come in questo caso il futuribile serba in sé una formidabile valenza interpretativa del passato, anche di un passato cronologicamente abbastanza remoto.

È per ciò che abbiamo, sin dalla intitolazione di queste righe, legato insieme funzionalmente la storia della scienza canonistica moderna con la storia della codificazione, in uno stretto accostamento che qualcuno avrà considerato sforzato e indebito. Noi cogliamo infatti in questo lavoro collettivo diretto da Feliciani il primo tentativo serio, costruito, pensato, per dare un volto storicamente credibile alla canonistica moderna. Siamo convinti che, alla fine della non lieve fatica, molti nodi saranno sciolti o si presenteranno più facilmente scioglibili. E non solo la trama del processo codificatorio nei suoi ristretti confini storici, ma anche un insieme meno immediato di motivi che in esso trova l'estrema punta emergente.

([23]) FELICIANI, *Il concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, cit., p. 37 ss.; ID., *Presentazione*, cit., p. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ripetiamo: il Codice è l'esito naturale di tre secoli di *iurisprudentia*, assomma quello che è il senso di un ben più lungo itinerario. Noi speriamo che gli operai del cantiere di Feliciani abbiano coscienza della doppia valenza storiografica del loro lavoro. Acquisire questa coscienza complessa significherebbe dare respiro alla ricerca. Identificando l'intero momento post-tridentino come quello in cui la scienza canonistica soffre, più che altrove, il problema delle fonti, non dovrebbero essi mai deporre la convinzione di lavorare sulla tessera di un più ampio mosaico; se loro compito è mettere a lucido quella tessera (cioè ridarle storicità), un siffatto lavoro potrà conseguire pienamente il suo fine non con un'opera di smembramento e di isolamento ma di ricomposizione e di ricollocazione della tessera nel disegno che appieno la valorizza. La crisi profonda della struttura ecclesiale ha il suo riverbero nella secolare non-soluzione del problema delle fonti: problema che resta aperto, controverso, mai risolto fino agli inizi del Novecento; segno di disagio, di timori serpeggianti; segno di crisi, com'è per tutti gli ordinamenti che si interrogano sulle proprie fonti e che non riescono a dominare l'intrico del loro assetto.

Chi legga con occhio attento la lunga ' presentazione ', che Giorgio Feliciani ha premesso al primo volume, rileva con soddisfazione l'affiorare — alla coscienza del gruppo di studio — dei lontani coinvolgimenti di molte delle questioni agitate. Prima fra tutte: l'imitazione di modelli estranei alla tradizione canonica, la sopportabilità — o meno — per la realtà giuridica della Chiesa di un codice inteso ' laicamente ' come sistema rigido e astratto di regole. Wernz e Gasparri si fronteggiano financo per la scelta della denominazione formale (*corpus* o *codex*), dietro la quale sta la più o meno sentita esigenza di discriminare il nuovo parto legislativo dallo stuolo delle codificazioni civili.

Emerge il nodo post-tridentino dei modelli ispiratori, e si parla ([24]) del prevalere di tendenze e concezioni secolarizzanti. Orbene, soltanto i tempi lunghi riescono a segnalare limpidamente allo storico il rinvio recettizio, che è marchio di vassallaggio e di eteronomia, traccia del cavallo di Troia dentro la cittadella canonica, sintomo di secolarizzazione. Talune suggestioni ci sono, e inequivocabili: basterebbe non soltanto la scelta ossessiva per il Codice come schema ordinante, ma altresì l'attingimento copioso alle soluzioni tecniche affermate in codificazioni statuali ([25]).

([24]) FELICIANI, *Presentazione*, cit., pp. 5-6.

([25]) L. MUSSELLI, *Il contributo di Joseph Hollweck alla codificazione del diritto penale canonico*, in VISMARA MISSIROLI - MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, cit., *passim* ma soprattutto p. 117. Hollweck, che pubblica nel 1899 a Mainz una articolata proposta di sistemazione del diritto penale canonico (*Die kirchlichen Strafgesetze*), è decisamente influenzato dallo *Strafgesetzbuch* prussiano del 1870-71. Gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vorremmo invece maggiore cautela nel qualificare spicciativamente come secolarizzanti idee che fan parte d'un patrimonio antico e mai smentito e che vengono soltanto riformulate alla luce dei nuovi occhiali che il canonista moderno ha inforcato. Pensiamo soprattutto all'idea della Chiesa come *societas iuridice perfecta*, la quale non è altro che la risposta sintetica ed unitaria a due convinzioni tipiche alla Chiesa di sempre: quella della necessarietà del diritto per la vita della società ecclesiale e quella della originarietà dell'ordinamento canonico. Dove il diritto è sì difesa dal secolo con gli strumenti del secolo, ma corrisponde a una costante del progetto della Chiesa romana nel suo itinerario verso la salvezza, non significa mai condizionamento e asservimento al secolo ma piuttosto la sua strumentalizzazione per una compiuta affrancazione.

Se mai, si sovrappone un problema ulteriore: quello della razionalizzazione più serrata nelle nozioni e nelle formule canonistiche. Ma non scomoderemmo per questo lo spettro della secolarizzazione; vorremmo piuttosto parlare di storicità, di sensibilità ai climi culturali storicamente susseguentisi nel tempo, che è la virtù grande del diritto canonico di sempre e non soltanto di quello post-tridentino.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

KLAUS LUIG

BESTÄTIGUNG DURCH RECHTSGESCHICHTE
(Bemerkungen zu drei dogmatisch-historischen Monographien von Christoph Krampe)

1. *Vorbemerkung.*

Christoph Krampe hat in drei in den Jahren 1980 bis 1983 erschienenen Monographien über die Umdeutung eines nichtigen Rechtsgeschäfts nach § 140 BGB (1), die Unklarheitenregel des § 5 AGB-Gesetz (2) und die Haftung des Vermieters nach § 538 BGB (3) eine Methode entwickelt, um Lösungsvorschläge für dogmatische Probleme auf dem Gebiete des Privatrechts mit historischen Argumenten « abzusichern », zu « bestätigen » oder zu « unterstützen ». Dieses Verfahren soll hier vorgestellt und diskutiert werden.

Da Krampe selbst das, was man als seine « Methode der Bestätigung einer dogmatischen Lösung durch Rechtsgeschichte » bezeichnen kann, vorerst nur praktisch durchgeführt, aber noch nicht in einer Theorie zusammengefaßt hat, muß zuerst über die einzelnen Arbeiten Bericht erstattet werden. Aus dieser Schilderung läßt sich Krampes Methode abstrahieren, die anschließend auf ihren generellen Nutzen für die Dogmatik des geltenden Rechts hin untersucht werden soll.

2. *Konversion.*

a) Die erste Monographie Krampes, erschienen im Jahre 1980, gilt der Umdeutung des Rechtsgeschäfts nach der Regel des § 140 BGB (« Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde »).

---

(1) *Die Konversion des Rechtsgeschäfts,* Frankfurt/Main 1980.

(2) *Die Unklarheitenregel - Bürgerliches und römisches Recht,* Berlin 1983. Dazu jetzt auch KRAMPE, *Die ambiguitas-Regel: interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem,* in *Sav. Zeitschr. Rom. Abt.* 100 (1983), 185-228.

(3) *Die Garantiehaftung des Vermieters für Sachmängel,* Berlin 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Streitig ist heute, ob die damit dem Richter vorgeschriebene Konversion lediglich ein Fall der Auslegung ist, also ein Spezialfall der §§ 133 und 157, bei dem der Richter unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Auslegung dem wahren Willen der Parteien zur Geltung verhilft, oder ob die Konversion streng von der Auslegung getrennt werden muß, so daß sie erst dann unter Heranziehung eines nur hypothetischen Willens eingreift, wenn nach Erschöpfung aller Auslegungsmittel festgestellt werden muß, daß das wirklich gewollte Geschäft nichtig ist (3-7). Nach der heute herrschenden Meinung gehört die Umdeutung nicht mehr zur Auslegung. Die Konsequenz davon ist, daß die Gerichte frei sind bei der Gestaltung eines nicht gewollten Rechtsgeschäftes, von dem der Richter annimmt, daß die Parteien es bei Kenntnis der Nichtigkeit im Hinblick auf den verfolgten Zweck vernünftigerweise gewollt hätten. Nur eine Mindermeinung betrachtet die Konversion als Teil der Auslegung, die sich an dem wahren Willen der Parteien orientiert.

In diesem Streit berufen sich beide Seiten zur Rechtfertigung ihrer Interpretation des § 140 auf die Geschichte: « Damit erweist sich die Dogmengeschichte als die gemeinsame Basis der aktuellen Kontroverse » (14). Nur dieser dogmengeschichtliche Aspekt soll in der vorliegenden Untersuchung näher betrachtet werden. Die restlichen in dem Meinungsstreit verwendeten Argumente interessieren nicht.

b) Der erste Schritt in die Dogmengeschichte ist nun für Krampe die historische Gesetzesauslegung, die Frage nach dem Willen des Gesetzgebers (15). Hieraus ergibt sich die Antwort, daß der Gesetzgeber bei der Formulierung des § 140 BGB an dem damals bestehenden Rechtszustand nichts ändern, sondern lediglich das gemeine Recht in eine allgemeine Regel gefaßt konservieren wollte (14). Ob der Gesetzgeber bei diesem Vorsatz, nichts zu ändern, eine konkrete inhaltliche Vorstellung von der Konversion hatte und welche das war, teilt Krampe nicht mit. Dem Gesetzgeber ging es offensichtlich nur darum, nichts zu verändern, und nicht darum, aufgrund konkreter rechtspolitischer Überlegungen eine bestimmte Regel, die man zusätzlich als mit dem geltenden Recht übereinstimmend ansah, in das BGB aufzunehmen. Daher ist für Krampe der Gehalt von § 140 BGB identisch mit dem Inhalt der gemeinrechtlichen Konversionsregel des 19. Jahrhunderts.

In dem historischen Vorfeld von § 140 BGB herrscht aber keineswegs volle Klarheit. Krampe stellt fest: « Eine historische Gesetzesauslegung, die danach fragt, welchen Inhalt eine Regelung nach dem Willen des Gesetzgebers haben sollte, führt vorerst nur zu dem Ergebnis, daß dieser Wille ebenso ungewiß ist wie die Bedeutung des Rechtsinstituts Konversion, das der Gesetzgeber geregelt hat, ohne an dem bisherigen Rechtszustand etwas ändern zu wollen ». Deshalb ist es « erforderlich, die Entwicklung dieses Instituts von seinen Anfängen bis zu seiner Kodifizierung durch § 140 BGB zu erarbeiten » (15).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Das bedeutet aber, daß man erst nach Vornahme rechtshistorischer Untersuchungen über die Rechtslage im 19. Jahrhundert überhaupt ein Urteil darüber abgeben kann, was der Inhalt von § 140 BGB ist. Denn erst dann weiß man, was der Gesetzgeber « gewollt » hat oder genauer, was das war, was der Gesetzgeber nicht hat ändern wollen, und das deswegen heute noch gilt.

Die entsprechenden Untersuchungen hat Krampe angestellt. Ihr Ergebnis « bestätigt » nach Krampe nun gerade die heutige Mindermeinung, daß Konversion eine « aufrechterhaltende Auslegung » darstellt (281); denn die Pandektistik des 19. Jahrhunderts war sich trotz eines davon verschiedenen Ausgangspunktes bei der Erfindung der Konversion durch Harpprecht im Jahre 1747 (28) « weitgehend » darüber einig, daß die Konversion nur so zu verstehen sei. Damit ist nach Krampe die Konversion auch heute in diesem Sinne zu verstehen und zu handhaben: « Denn der Gesetzgeber hat mit dieser Vorschrift kein neues Recht schaffen, sondern nur das gemeinrechtliche Rechtsinstitut der Konversion, wie es zu seiner Zeit verstanden wurde, regeln wollen » (281).

c) Ob Krampes historische Bestandsaufnahme zutreffend ist, muß und kann hier nicht vollständig überprüft werden. Seine diesbezüglichen Darlegungen wirken höchst überzeugend, und nichts spricht gegen die Zuverlässigkeit seines Urteils, obwohl das Wort « weitgehend » eine gewisse Unsicherheit in sich birgt.

Aber selbst wenn Krampes Urteil über den Rechtszustand des 19. Jahrhunderts, der ja der Natur der Sache nach im gemeinen Recht nur eine « herrschende Meinung » gewesen sein kann, völlig zutreffend ist, bestehen gegen dieses Beweisverfahren als solches Bedenken. Krampe unterwirft seine historische Interpretation der « lex lata » § 140 BGB dem Willen eines Gesetzgebers, der — offensichtlich ohne eigene materiale Vorstellungen — lediglich das damals bestehende Recht nicht ändern wollte. Dieses Verfahren gibt Krampe die Freiheit, im Rahmen der historischen Interpretation des Gesetzes (die der Erkenntnis des geltenden Rechts dient) mit « rein » historischen Mitteln (die prinzipiell anderen Zwecken dienen) festzustellen, was bei Beginn der Arbeiten am BGB geltendes Recht war und was somit der Gesetzgeber bei seinem rein formalen Nichts-Ändern-Wollen auch in das Gesetz aufgenommen hat. Aber selbst wenn der Gesetzgeber wirklich das bestehende Recht unbesehen in die Kodifikation übernehmen wollte, ist es nicht Aufgabe der Rechtsgeschichte, der historischen Auslegung des gesetzes dadurch auf die Sprünge zu helfen, daß sie festellt, was angesichts dieses formalen Willens des Gesetzgebers materiell von seinem Willen umfaßt war. Eine kleine Verschiebung beim Abzählen der Stimmen hätte ja unter Umständen dazu führen können, daß Krampe die Gegenmeinung als die « weitgehend » einstimmig vertretene hätte ausgeben müssen. Von solchen bei jeder historischen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bewertung stets naheliegenden Verschiebungen darf man aber ein Urteil über das geltende Recht nicht abhängig machen. Die Methode von Krampe scheint mir die Gefahr heraufzubeschwören, daß andere Rechtshistoriker, die « de lege lata » bei § 140 eher der Konversionslehre zuneigen, sich erneut an die Erforschung der im 19. Jahrhundert bestehenden Rechtslage machen und bei der Frage nach der damals « weitgehend » herrschenden Meinung zu einem anderen Ergebnis als Krampe kommen, so wie jetzt Krampe die Feststellungen von O. Fischer korrigieren mußte (121). Auch wenn man von einem fiktiven höheren Standpunkt aus sagen kann, daß es sicher nur eine herrschende Meinung im 19. Jahrhundert gab, so darf sich doch die moderne Interpretation der Konversion des BGB nicht den Zufälligkeiten der Erforschung der Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts unterwerfen.

Daher sollte man dem Gesetzgeber auch dann nicht nachträglich eine bestimmte materiale Meinung unterstellen, wenn er ganz bewußt « blanco » das Bestehende kodifiziert hat. Die Konsequenz davon ist allerdings, daß in diesem Falle die historische Interpretation nicht weiterhilft. Aber das ist angesichts der Existenz weiterer Auslegungsmittel kein gravierender Nachteil.

d) In dem zweiten Teil der historischen Beweisführung zeigt Krampe mit einem größeren Schritt zurück in die Geschichte, daß angesichts der gesamten römisch-rechtlichen Tradition die im 19. Jahrhundert herrschende Lehre auch die einzige richtige war. Die Mindermeinung des 19. Jahrhunderts, die heute zur herrschenden geworden ist, war also nicht nur eine Mindermeinung, sondern hatte auch gar keine historische Existenzberechtigung. Zwar war die Umdeutung von Harpprecht im Jahre 1747 als « Konversionslehre », wie Krampe sagt, « erfunden » worden. Aber die Umgestaltung der Prinzipien der Rechtsgeschäftslehre im 19. Jahrhundert hatte diese Lehre überflüssig gemacht. Im Grunde wurde also lediglich gedankenlos von einem Teil der Juristen, die glücklicherweise in der Minderheit blieben, « das einmal erfundene Rechtsinstitut über das 19. Jahrhundert bis in die neueste Zeit tradiert », ohne daß die « Voraussetzungen » dafür noch gegeben waren. Diesen Zustand will Krampe nach Belehrung durch die Rechtsgeschichte beseitigen.

Auch diese historische Deduktion halte ich nicht für zulässig. Sie provoziert die Gegenfrage, was der Autor denn dann gemacht hätte, wenn nach dem Ergebnis seiner historischen Untersuchungen gerade die herrschende Meinung des 19. Jahrhunderts, der sich dann das BGB ohne eigene Überlegungen unterwarf, historisch nicht legitimiert, also « falsch » gewesen wäre. Wäre dann eine Korrektur des Willens des Gesetzgebers am Platze? Nach der Ansicht von Krampe vermutlich ja, wie sich unten bei der Behandlung der Vermieterhaftung zeigen wird.

e) Sein mit einer doppelten historischen Beweisführung gewonnenes Ergebnis sichert Krampe durch ein zusätzliches « systematisches »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Argument ab. Er zeigt, daß alle Urteile, auf die sich die herrschende Lehre in der Interpretation von § 140 BGB stützt, ebenso gut als Ausdruck der historisch allein gerechtfertigten « Auslegungskonversion » erklärt werden können wie als « Konversionsentscheidungen » (282). Damit ist die Auslegungskonversion nicht nur « dogmengeschichtlich begründet », sondern auch « durch das praktische Fallmaterial untermauert » (286).

f) Nach allem scheint mir Krampes Nachweis, daß die Konversion des § 140 BGB als Auslegungskonversion zu handhaben sei, soweit er mit rechtshistorischen Mitteln geführt worden ist, nicht gelungen zu sein. Das bedeutet allerdings nicht, daß Krampes Schilderung der Vorgeschichte von § 140 BGB keinerlei Einsicht vermittelt hätte und keine Nutzanwendung zuließe. Die Untersuchung illustriert eindrucksvoll an historischem Material den weiten Spielraum, der offensteht für eine vom Richter vorzunehmende Konversion, und sie zeigt auch, daß der Gesetzgeber wählen kann zwischen einer Konversion gemäß dem Willen der Parteien oder einer Konversion, bei der der Richter, wenn auch im Interesse der Parteien, frei gestaltet.

3. *Unklarheitenregel.*

a) In der Monographie über die Unklarheitenregel schildert Krampe zunächst in großen Zügen die Entwicklungsgeschichte dieser Regel vom römischen Recht, über die Lehren der Glossatoren, Kommentatoren und Humanisten bis hin zur gemeinrechtlichen Dogmatik und den Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts. Das BGB hat von der Aufnahme einer Unklarheitenregel abgesehen. Trotzdem ist dann 1976 die von der Rechtsprechung in Fortsetzung der alten Tradition auch über das Inkrafttreten des BGB hinweg stets praktizierte Unklarheitenregel in § 5 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) mit folgenden Worten « festgeschrieben » (24, 65) worden: « Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders ».

Trotz dieser alten und auf den ersten Blick festgefügten Tradition, der der Gesetzgeber des AGBG nur folgen wollte, ist der Inhalt der Unklarheitenregel des § 5 AGBG heftig umstritten. Nach der vom BGH zur Unklarheitenregel entwickelten Theorie greift die Unklarheitenregel nur dann ein, wenn eine mit dem normalen Auslegungsinstrumentarium nicht mehr zu behebende Unklarheit vorliegt. Dabei ist allerdings eine Unklarheit aus der Sicht des Bundesgerichtshofes so lange gar nicht gegeben, wie das Gericht selbst den maßgeblichen Sinn einer bestimmten Klausel nach objektiven Kriterien festlegt. Diese Trennung der Anwendung der Unklarheitenregel von der vorhergehenden Auslegung führt dazu, daß die Unklarheitenregel zu einer nur im Bereiche der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geltenden

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sonderregel gegenüber der nach allgemeinem Zivilrecht bei Dissens angeordneten Nichtigkeitsfolge wird (45, 67). Das gibt dem Richter im Einzelfall einen großen Gestaltungsspielraum.

Demgegenüber ist nach der herrschenden Lehre die Unklarheitenregel (ebenso wie die Konversion des § 140 BGB) ein integrierter Teil des allgemeinen Auslegungsprozesses. Gestützt auf diese Regel müssen Vertragsklauseln in AGB, die dem Kunden Nachteil bringen können, im Zweifel restriktiv gegen den Verwender ausgelegt werden (Restriktionsprinzip). Nach dieser Lehrmeinung ist die Unklarheitenregel selbst eine Auslegungsregel und nicht erst eine Regel, die nur nach gescheiterter Auslegung zum Zuge kommt. Allerdings steht diese Regel im Kanon der Auslegungsregeln an letzter Stelle, insoweit wird sie subsidiär gegenüber den anderen vorrangigen Auslegungsregeln angewendet. Sie bleibt aber Auslegungsregel, die äußerstenfalls auch zur Feststellung eines Dissenses über eine AGB-Klausel und damit zu deren Nichtigkeit führen kann.

Krampe sieht sich in der Lage, aus diesem Theorienstreit und aus dieser unklaren Handhabung der Praxis durch einen historisch « bestätigten » Lösungsvorschlag herauszuführen, der den Bundesgerichtshof widerlegt und die herrschende Lehre bekräftigt (49, 53, 57, 67).

b) Der Ausgangspunkt der historischen Beweisführung soll der Deutlichkeit halber wörtlich wiedergegeben werden. Krampe sagt (48): « Die Rechtsprechung kennt eine Unklarheitenregel in durchaus verschiedenem Sinn und damit in Wirklichkeit zwei verschiedene Regeln: die eine als Ausprägung des Grundsatzes restriktiver Auslegung ..., eine andere, die erst nach erfolgter aber erfolgloser Auslegung zum Zuge kommen und damit die Nichtigkeitsfolge des Dissenses verdrängen soll. Der Gesetzgeber selbst wollte nur aufschreiben, was ohnehin seit jeher anerkannt war. Daraus folgt, daß nicht das letztere Verständnis der Unklarheitenregel als Sonderregel gegenüber dem Dissens für die Auslegung des § 5 AGBG maßgeblich ist, sondern nur das Verständnis dieser Regel im Sinne restriktiver Auslegung gegen den Verwender ... ».

Krampe meint damit — und das ist das erste historische Argument, das wie bei der Konversion wieder der Entstehungsgeschichte des Gesetzes entnommen ist — folgendes: Der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des AGBG mit der Formulierung des § 5 nur die bis dahin übliche Praxis der Rechtsprechung « auf- » oder « festschreiben » wollen (48, 67). In dieser Praxis läßt sich aber — entgegen manchen anders lautenden obiter dicta des Bundesgerichtshofes — kein einziges Beispiel für eine Handhabung der Unklarheitenregel als Sonderregel zum Ausschluß der Dissensfolge finden (46, 67). Das einzige Urteil aus der Rechtsprechung des Reichsgerichtes (RGZ 116, 274), das auf den ersten Blick eine solche Praxis der Unklarheitenregel ergeben könnte, bestätigt bei genauer Betrachtung eher die gegenteilige Auffassung, denn

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dieses Urteil kommt gerade im Ergebnis zur Annahme eines Dissenses. Demnach ist eine Unklarheitenregel als Sonderregel zum Ausschluß der Dissenfolge, wie sie der herrschenden These entspricht, gerade nicht Gesetz geworden.

Diese Beweisführung berücksichtigt aber nicht genügend, daß von heute aus betrachtet eine Beurteilung der Praxis, wie sie der Gesetzgeber bei der Schaffung des AGBG vor Augen gehabt hat, nicht ganz leicht ist und erheblichen Spielraum für höchst unterschiedliche Interpretationen bietet, was nun wirklich die « ständige Rechtsprechung » war. Es ist also eigentlich nicht ausreichend, bei der historischen Auslegung von § 5 AGBG den Gesetzgeber darauf festzulegen, daß er ja schließlich nur habe « festschreiben » wollen. Das hat nämlich die Folge, daß erst der heutige Interpret durch Erforschung der vom Gesetzgeber damals vorgefundenen ständigen Rechtsprechung den zunächst nur rein formalen Willen des Gesetzgebers (nämlich « festzuschreiben ») mit Material ausfüllt.

Wie oben bei der Konversion gezeigt, ist dieses Verfahren schon dann nicht anwendbar, wenn der Gesetzgeber wirklich bei seinem Vorsatz, nur ja nichts zu ändern, keine materiellen Vorstellungen von dem hatte, das er nicht ändern wollte. So war es wohl bei der Umdeutung, nicht aber hier. Krampe selbst teilt mit (S. 27), daß der Gesetzgeber die Unklarheitenregel auch materiell mit der Erwägung gerechtfertigt habe, es bedürfe einer Unklarheitenregel für die Fälle, in denen der Inhalt einer Klausel nicht feststellbar sei, weil eine nicht behebbare Unklarheit vorliege. M. E. liegt es nicht so fern, bei diesen Worten an eine subsidiär verstandene Unklarheitenregel zu denken, die es bei nicht behebbarer Unklarheit eben nicht zum Dissens kommen läßt. Durch Abheben auf die Absicht, nichts änderen zu wollen, vermeidet aber Krampe eine Erörterung dieses materiellen Motivs. Eine historische Argumentation, die einen zwingt, bei der Erforschung des Willens des Gesetzgebers eines seiner beiden Motive nicht zu beachten, ist aber nicht wirklich hilfreich bei der Lösung dogmatischer Probleme.

c) Das zweite Argument in Krampes historischer Beweisführung ist, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts ihrerseits durch eine geschlossene Traditionskette historisch legitimiert ist, wie das auch bei der Auslegungskonversion der Fall gewesen war. Schon im antiken römischen Recht galt für den Verbalvertrag der Stipulation das Prinzip, daß eine Zweideutigkeit beim Vertragsschluß gegen die Partei ausgelegt wurde, die bei der Stipulation die entscheidenden Worte des Vertragstextes formuliert hatte. Das war bei der Stipulation der spätere Gläubiger. Mit der gleichen Begründung, daß er nämlich die entscheidenden Worte formuliert habe, wurden zweifelhafte Nebenabreden bei Kauf und Miete zum Nachteil des Verkäufers und Vermieters ausgelegt; in diesem Falle also gegen den Schuldner der Sachleistung (13). Auch Accursius knüpfte bei demjenigen an, der den Text

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formuliert hatte. Bartolus ergänzte das um den Zusatz, daß die Klausel gegen die Partei interpretiert werde, in deren Interesse sie in den Vertrag aufgenommen worden sei. Das war wohl in der Regel der, der sie auch formuliert hatte. Nichts anderes war gemeint, wenn im Mittelalter einige Juristen sagten, der Vertrag werde gegen den ausgelegt, der sich schuldhaft unklar ausgedrückt habe. Die Subsidiarität der Unklarheitenregel als Auslegungsregel blieb entsprechend dem gemeinen Recht der Zeit des usus modernus auch erhalten im ALR sowie im Code civil (der dem Vorbild von Pothier folgte), im österreichischen ABGB, ganz deutlich auch in § 813 des sächsischen BGB, mit den Worten: « Wenn bei Auslegung dunkler Vertragsbestimmungen durch Anwendung vorstehender Vorschriften zu einem Ergebnisse nicht zu gelangen ist, so ist ... die dunkle Vertragsbestimmung zum Nachtheile Desjenigen auszulegen, welcher daraus ein Recht auf eine ihm vorteilhaftere oder größere Leistung ableitet ». Das BGB hat auf die ausdrückliche Fixierung wie auch immer beschaffenen Unklarheitenregel verzichtet. Trotzdem war schon vor Inkrafttreten des BGB und seit 1900 bis zum Gesetz über die Allg. Geschäftsbedingungen von 1976 klar, daß die Unklarheitenregel in allen erforderlichen Fällen angewendet werden mußte (22). In dieser Karriere als Auslegungsregel war die Unklarheitenregel natürlich nicht immer vor Kritik und Kontroversen sicher. Trotzdem hat der Gesetzgeber diese Regel in § 5 AGBG überzeugt von ihrer Notwendigkeit kodifiziert. So ist § 5 AGBG schließlich eine historisch gewachsene und vom Gesetzgeber konfirmierte Auslegungsregel (11, 24, 49), die nach Krampe auch heute nur so verstanden werden kann, wie sie die Entwicklungsgeschichte « bestätigt ».

d) Zur Rechtfertigung seines Vorschlages verwendet Krampe aber neben dem Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers und die ungebrochene historische Kontinuität noch ein drittes historisches Argument, das sich eher als Rückgriffsargument oder Wiederkehrargument bezeichnen ließe. Krampe formuliert dieses wie folgt: « Das hier entwickelte Verständnis der Unklarheitenregel des geltenden Rechts entspricht dem römischen Recht, aus dem die moderne Regel hervorgegangen ist » (49). Das ist also die dritte und wichtigste Stütze für Krampes These von der Bedeutung des § 5 AGBG als Restriktionsprinzip. Dabei geht es nicht nur darum, daß das römische Recht überhaupt eine subsidiäre Unklarheitenregel als Auslegungsregel kannte, wie eingangs gezeigt, sondern ganz konkret darum, daß die römischen Quellen « bestätigen », daß diese Unklarheitenregel « die Nichtigkeitsfolge bei fehlender vertraglicher Einigung nicht verdrängt » hat und somit als Restriktionsprinzip zu verstehen ist (53, 67). Oder genauer: « Vergleicht man die römische ambiguitas-Regel mit der Unklarheitenregel des geltenden Rechts, so bestätigen die Quellen die Unklarheitenregel im Sinne einer im Zweifel restriktiven Auslegung » (57).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Entscheidend ist für diese Argumentation also im Gegensatz zum zweiten Argument weniger die Tradition einer « historisch gewachsenen » Regel (24) als vielmehr die Möglichkeit des alle Traditionen überspringenden Rückgriffs auf das antike römische Recht. Zu diesem Zwecke weist Krampe zunächst nach, daß nach den römischen Quellen insbesondere ein Verständnis der Unklarheitenregel als « Sonderregelung gegenüber der Nichtigkeitsfolge des Dissenses » (57) nicht haltbar ist ([4]). Weiter « bestätigen » die römischen Quellen den Vorrang der Auslegung vor der Anwendung der Unklarheitenregel, also die Subsidiarität der Unklarheitenregel, allerdings « innerhalb der Auslegung ». Das ist jedoch nach Krampe im Ergebnis (anders als bei der Konversion) nicht so entscheidend. Dazu Krampe: « An sich ist es gleichgültig, ob man die Unklarheitenregel innerhalb der Auslegung subsidiär oder erst nach erfolgloser Auslegung anwendet, wenn nur nicht die weitere Konsequenz gezogen wird, sie schließe stets die Dissensfolge aus » (57).

In der Tat ist es zutreffend, daß D. 45. 1. 83. 1 « Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit ... » zeigt, daß nicht stets bei ambiguitas « contra stipulatorem » entschieden wird, sondern Dissens angenommen wird, wenn es sein muß. Dasselbe gilt nach Krampe gemäß D. 18, 1, 34 pr. dann, wenn ein Sklave Stichus nur als Zubehör zum Grundstücksverkauf versprochen ist, und es wiederum unklar ist, wer von mehreren Sklaven dieses Namens gemeint ist. Hier tritt zwar kein Dissens ein, aber Krampe kann feststellen, daß in D. 18. 1. 34 pr. jedenfalls nicht nach der Unklarheitenregel festgestellt wird, welcher Stichus eigentlich geschuldet wird. Vielmehr entspricht es nach Krampe den Regeln der Wahlschuld, wenn Paulus Labeo dafür zitiert, daß die Vorstellung des Verkäufers, also des Schuldners, dafür entscheidend sei, welcher Stichus Objekt des Kaufvertrages sei. Das halte ich nicht für zwingend. Denn das Fragment Paulus D. 18. 1. 34 pr. lautet weiter: « nec refert quanti sit accessio sive plus in ea sit quam in ipsa re cui accedat an minus; plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus ... ». Damit werden die Vorstellungen des Käufers, der vielleicht gerade wegen des Zubehörs (des Sklaven Stichus) den Vertrag geschlossen hat, zur Begründung der Entscheidung herangezogen, daß die Vorstellung des Verkäufers maßgebend sei. Bei dieser Unklarheit ist (mit Savigny und älteren Stimmen) anzunehmen, daß der Käufer die Nebenabrede bezüglich des Sklaven verlangt habe und daher die Folgen der Unklarheit zu tragen habe. Somit würde es sich doch um einen Fall der Unklarheitenregel mit Vermeidung der Dissensfolge handeln. Möglich ist es aber auch

---

([4]) Dazu ausführlich die in Note 2 angeführte Arbeit von Krampe. Hier geht es aber nicht um das römische Recht als solches, sondern um seine Verwertung für das geltende Recht, so daß dieser Aufsatz hier nicht zu diskutieren ist.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(mit Cujaz, Riccobono, Wieacker und Schwarz) zu vermuten, daß nur ein Abschreibfehler dazu geführt hat, daß dem Wortlaut nach nicht die Vorstellung des « emptor », sondern die des « venditor » maßgebend ist. Auch dann entscheidet nach Paulus' Ansicht bei Unklarheit über den richtigen Stichus die Vorstellung des Käufers, dem zugute gehalten wird, daß er vielleicht ohne Rücksicht auf den Wert gerade wegen des Stichus das Grundstück gekauft habe. In beiden Fällen aber ist die Stelle Ausdruck der Anwendung einer den Dissens vermeidenden Anwendung der Unklarheitenregel. Beide Deutungen läßt jedoch Krampe nicht zu. Ohne weitere Begründung trennt er den Text des Fragmentes auf und behandelt den Schlußsatz ab « nec refert » als völlig selbständigen Fall.

Das gibt ihm die Möglichkeit, den ersten Teil des Fragmentes als Anwendung der Regeln über die Wahlschuld und nicht als Anwendungsfall der Unklarheitenregel zu verstehen.

Es ist jedoch sehr gewagt, das « römische Recht » zur Bestätigung der Interpretation von § 5 AGBG zu verwenden, wenn der Inhalt der entscheidenden Stelle des römischen Rechts nicht nur in der Auslegungstradition, sondern auch in der modernen Romanistik mit Rücksicht auf eine eventuelle Textverderbtheit so umstritten ist. Damit wird die Möglichkeit eines Rückgriffs auf eine unumstößliche Einsicht des römischen Rechts vorgetäuscht (« römisches Recht, aus dem die moderne Regel hervorgegangen ist »), die in Wahrheit nicht besteht.

Die römischen Quellen bestätigen aber für Krampe nicht nur negativ, daß die Dissensfolge keineswegs ausgeschlossen ist, sondern bieten auch positive Beispiele für das Restriktionsprinzip (53), nämlich D. 45. 1. 99 pr. und D. 45, 1, 99. 1. Dazu sagt Krampe: « Auch wenn Celsus die « ambiguitas » nicht mit der « ambiguitas »-Regel löst, so bestätigt doch umgekehrt die Entscheidung des Celsus die « ambiguitas »-Regel ... » (55). Auch hier ist die Verbindung zwischen antikem Recht und modernem Recht so unbestimmt, daß sich der Rückgriff auf das antike Recht zur Entscheidung einer modernrechtlichen Kontroverse verbietet. Die Romanistik hat die Dogmatik des römischen Rechts aufzuarbeiten. Die stets korrigierbaren Ergebnisse dieser Arbeit ergeben für den modernen Juristen aber allenfalls historische Beispiele von Lösungen für Fälle mit unklaren Vertragsklauseln. Richtlinien für das moderne Recht ergeben sich daraus nicht.

4. *Garantiehaftung des Vermieters.*

a) Seinen Vorschlag zur kasuistischen Handhabung der Garantiehaftung des Vermieters für bei Vertragsschluß vorhandene Mängel der gemieteten Sache nach § 538 BGB läßt sich Krampe ebenfalls durch die Rechtsgeschichte « bestätigen ». Die Garantiehaftung des § 538 BGB wird heute von vielen Autoren als sehr weitgehend empfun-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

den und als Ergebnis einer nicht interessengerechten Wertung und der Willkür des Gesetzgebers kritisiert (5). Mit rechtshistorischen Argumenten hat sich H. Honsell dieser Vorschrift genähert (6). Danach ist die Vorschrift deswegen verfehlt, weil sie auf der « unrichtigen Verallgemeinerung einer einzigen Digestenstelle, Dig. 19. 2. 19. 1 » beruht. Das bedeutet für Honsell folgendes: Wenn heute die Rechtsgeschichte auf dem Gebiete des antiken römischen Recht in der Lage ist, nachzuweisen, daß im Kontext der Quellen des römischen Rechts die Entscheidung für die Garantiehaftung des Vermieters von Weinfässern in D. 19. 2. 19. 1 eine Ausnahmeentscheidung darstellt, die nicht verallgemeinerungsfähig ist, dann muß man die Interpretation des auf der « unzulässigen » Verallgemeinerung dieser Stelle beruhenden § 538 BGB korrigieren, seinen Anwendungsbereich de lege lata restringieren und de lege ferenda die Vorschrift wegen fehlender historischer Legitimation abschaffen.

Nach Honsells Überzeugung hat also die Rechtsgeschichte dem § 538 BGB die Grundlage entzogen (7). Für Krampe ergibt sich daraus das Problem, wie diese Vorschrift denn nun positiv gehandhabt werden soll, solange sie noch im Gesetz steht. Auch dafür läßt sich ein Vorschlag machen, der dogmengeschichtlich « abgesichert » und « bestätigt » werden kann (63). Krampe schlägt vor, bei der Garantiehaftung nach § 538 BGB prinzipiell oder jedenfalls hinsichtlich der Haftung für Mangelfolgeschäden zur kasuistischen Methode der römischen Juristen « zurückzukehren » (62). Die Garantiehaftung soll diesem Vorschlag zufolge dann nicht eingreifen, wenn durch bestimmte Anhaltspunkte im Mietvertrag die gesetzliche Unterstellung einer Zusicherung jeder Mangelfreiheit « entweder nicht nahegelegt oder geradezu widerlegt wird » (49). Mir ist nicht ganz klar, wie « durch den Vertrag » im Einzelfalle die generell « dem Gesetz zugrundeliegende Unterstellung ... entweder nicht nahegelegt oder geradezu widerlegt » werden kann. Darum geht es hier aber nicht. Hier soll die historische Absicherung dieses Vorschlages diskutiert werden.

b) Krampes historische Beweisführung hat folgende Grundlage: Ausweislich der Digesten haben die römischen Juristen die Haftung des Vermieters kasuistisch behandelt, d.h. je nach Lage des Falles nahmen sie eine Garantiehaftung oder lediglich eine Dolus-Haftung

---

(5) Dazu auch LUIG, *Zur Vorgeschichte der verschuldensunabhängigen Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel nach § 538 BGB*, in *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geb.*, hrsg. von G. Baumgärtel u.a., Berlin 1984, 119-144.

(6) H. HONSELL, *Die positive Vertragsverletzung und ihr Verhältnis zur Sachmängelhaftung bei Kauf, Miete und Werkvertrag*, in *Jura* 1979, S. 184, 196 Fn. 80.

(7) In ähnlicher Weise argumentiert H. Honsell gegen die Unterordnung des BGB unter das römische Recht in dem Aufsatz « Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht », in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, hrsg. von Dieter Nörr und Dieter Simon, Frankfurt/Main 1984 53-67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

an (26). Einen Fall einer Garantiehaftung enthält der Weinfaß-Fall in D. 19. 2. 19. 1. Ein Beispiel einer Haftung für Dolus enthält der zweite Fall aus diesem Fragment, der Fall der Vermietung einer Weide mit giftigen Kräutern.

Das gemeine Recht hat daraus nach Ansätzen bei Accursius (23) insbesondere im 19. Jahrhundert eine generelle Verschuldenshaftung des Vermieters abgeleitet, also eine Vermieterhaftung mit stets gleichem Haftungsmaßstab, die auch die Mängelfolgen mit erfaßte. Das bedeutete, daß nach der Lehre und Rechtsprechung zum gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts, so wie Krampe sie schildert, der Vermieter in Abweichung von der Garantiehaftung im Weinfaßfall erst bei Verschulden haftete und ebenso in Abweichung von der Haftung im Weidefall auch schon bei bloßer Fahrlässigkeit und nicht erst bei Dolus. Der BGB-Gesetzgeber blieb nach Krampe in Übereinstimmung mit der im 19. Jahrhundert herrschenden Regelung dabei, daß die kasuistische Behandlung der Problematik der Vermieterhaftung im römischen Recht durch eine allgemeine Regel ersetzt werden müsse. In Abweichung vom gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts erhob aber der Gesetzgeber des BGB die Garantiehaftung des Vermieters im Weinfaßfall zur generellen Regel. Somit ereignete sich in der Tradition der Vermieterhaftung ein doppelter Umbruch: im gemeinen Recht der Wandel von der römischen Kasuistik zur generellen Regel der Haftung für jedes Verschulden und bei der Schaffung des BGB der Wandel von der generellen Verschuldenshaftung zur generellen Garantiehaftung.

Krampe hält nun die Entscheidung des BGB für einen Fehlgriff. Zu seiner Korrektur schlägt er vor, im Wege der einschränkenden Auslegung wiederum einzelne Fälle aus der Garantiehaftung herauszunehmen und den Prinzipien der allgemeinen Verschuldenshaftung zu unterstellen, oder jedenfalls hinsichtlich der Haftung für die Mängelfolgen zu beschränken. Das bedeutet für Krampe, daß sich das moderne Recht der kasuistischen Behandlung der Vermieterhaftung durch die römischen Juristen «wieder annähert» (62). Die Wiederannäherung gilt aber nur der kasuistischen Methode als solcher. Die römische Kasuistik speziell der Vermieterhaftung selbst, die ja in D. 19. 2. 19. 1 unter Aussparung einer Fahrlässigkeitshaftung nur von einer Garantiehaftung einerseits oder einer Haftung lediglich für Dolus auf der anderen Seite berichtet, soll dem modernen Recht nicht als Vorbild dienen. Vorbildlich ist nur, daß es eine Kasuistik im römischen Recht gab, nicht aber das System der Haftungsmaßstäbe, das in der Kasuistik der Vermieterhaftung deutlich wird. Das ist nicht überzeugend. Der Vorschlag einer kasuistischen Behandlung als solcher hat wenig Sinn in einer Jurisprudenz, die sich prinzipiell von Regeln oder doch vom Verallgemeinerungsfähigen und Regelhaften in einer konkreten Fallentscheidung leiten läßt. Dazu kommt noch, daß gerade

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die Problemlösung, die Krampe offensichtlich doch für die normale hält, nämlich die Fahrlässigkeitshaftung, im Text des römischen Rechts fehlt.

Krampe verwahrt sich gegen die Annahme, daß darin eine « Rückkehr zum gemeinen Recht » liege (62). Ein solcher Verdacht kann aber schon deswegen nicht entstehen, weil das gemeine Recht, wie Krampe es schildert (29-32; anders allerdings S. 60, wo auch für das gemeine Recht die kasuistische Methode behauptet wird), von einer generellen Regel ausgegangen ist, allerdings im Unterschied zum BGB von der generellen Regel der Verschuldenshaftung. Die Rückkehr zum antiken römischen Recht jedoch ist gewollt.

Krampes Vorschlag der Wiederannäherung an das römische Recht überspringt also die Epoche des gemeinen Rechts und verweist direkt in die Antike. Somit handelt es sich für ihn « um eine These zum geltenden Recht, die mit dem anerkannten Instrumentarium historischer und systematischer Gesetzesinterpretation sowie anhand des praktischen Fallmaterials begründet ist » (62, 63). Aber auch dabei scheint es mir, daß die von Krampe ja nicht beobachtete, sondern propagierte Rückkehr zum antiken römischen Recht keineswegs zum « anerkannten Instrumentarium historischer Gesetzesinterpretation » gehört. Insoweit hat das römische Recht heute seine Vorbildlichkeit eingebüßt. Das zeigt insbesondere der Vergleich mit dem 19. Jahrhundert, da Th. Mommsen geradezu eine « Wiederbelebung » des römischen Rechts fordern und mit Aussicht auf allgemeine Zustimmung sagen konnte: « Wenn wir also streben, ein Recht zu entwickeln, das sich für freie Bürger schickt, so dürfen wir, was das Zivilrecht betrifft, in dieser Beziehung unbedingt auf das römische Recht der klassischen Periode fußen ... Die Wiederbelebung ... » ([8]).

c) Bei der historischen Argumentation spielen ebenso wie bei den anderen dogmatisch-historischen Untersuchungen Krampes auch zwei weitere Aspekte eine Rolle: der Wille des Gesetzgebers des BGB und die gesamte historische Tradition vom antiken römischen Recht bis heute.

Die Erforschung des Willens des Gesetzgebers ergibt aber zunächst einmal zur negativen Seite hin, daß « sozialpolitische Motive » des Gesetzgebers für die Einführung der Garantiehaftung des Vermieters nicht entscheidend waren (38-40). Man kann also nicht mehr als « historisches Argument » verwerten, daß § 538 BGB gegen jede einschränkende Auslegung schon deswegen gefeit sei, weil der Gesetzgeber ihn als sozialpolitische Vorschrift gewollt habe. Dieser Hinweis ist sehr nützlich.

Positiv ergibt sich, daß der Gesetzgeber sich zur Formulierung einer generellen Regel verpflichtet gefühlt und geglaubt hat, die Ga-

---

([8]) Zit. nach F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Nachdruck Berlin 1954, S. 107.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rantiehaftung des Vermieters entspreche dem Wesen des Mietvertrages, so daß es notwendig sei, eine Garantiehaftung, und zwar eine Garantiehaftung für alle Fälle ohne Rücksicht auf die « kasuistische » Lage des Einzelfalles, im Gesetz zu verankern. Im Gegensatz zu den beiden anderen Monographien ist jedoch Krampe im Falle der Vermieterhaftung nicht bereit, sich dem Willen des Gesetzgebers zu unterwerfen. Offenbar ist dieser Wille nur verbindlich, wenn es der Wille ist, eine gewachsene Tradition « festzuschreiben ». Denn nur dann tut der Gesetzgeber nach Krampe das, was er vor der Geschichte richtigerweise tun sollte. Eine solche Bindung des Willens des Gesetzgebers und wohl auch des heutigen Rechtsanwenders an das historisch Gewachsene ist aber nicht begründet. Außerdem bestehen ohne Rücksicht auf die prinzipielle Brauchbarkeit der Methode in diesem Falle Bedenken, ob Krampe die historische Situation richtig beurteilt. Das muß hervorgehoben werden, weil der Wert der Bestätigung durch Geschichte auch davon abhängig ist, mit welcher Sicherheit die historische Bestandsaufnahme erfolgen kann, wenn es im Grunde nur um theoretische Lehrsätze und Meinungen geht. In diesem Falle war es nämlich so, daß Windscheids Vorschlag allein entscheidend war für die Aufnahme der Garantiehaftung in den Ersten Entwurf zum BGB. Windscheids « Pandekten » ergeben dazu, daß Windscheid selbst bei diesem Vorschlag die Vorstellung hatte, gerade er entspreche dem Rechtszustand des gemeinen Rechts ([9]). Wenn Krampe der in den ersten beiden Monographien zur Konversion und Unklarheitenregel angewendeten Methode hätte treu bleiben wollen, hätte er sich besonders mit dieser Absicht Windscheids, nichts ändern zu wollen, und der ihr zugrundeliegenden zutreffenden oder irrigen Beurteilung des gemeinen Rechts auseinandersetzen müssen. So hat aber Krampe den Willen des Gesetzgebers allzu schnell beiseite getan.

Weiter scheinen mir auch die Versuche der Romanistik aller Zeiten, aus D. 19. 2 19. 1 ein irgendwie geartetes generelles Haftungsschema herauszulesen, insgesamt so bedeutend zu sein, daß man diese Stelle nicht ohne weiteres zum Kronzeugen der Tradition einer zwingend gebotenen kasuistischen Behandlung machen kann, wenn man prinzipiell die Kontinuität für einen Wert hält.

Damit haben in Krampes Beweisführung für die kasuistische Behandlung der Haftung des Vermieters die beiden in den anderen Fällen so wichtigen Gesichtspunkte des Willens des Gesetzgebers und der historischen Kontinuität keine Funktion.

Bei dieser Lage wiegt der Hinweis auf das römische Recht nicht mehr als jeder andere rechtsvergleichende Hinweis. Denn Vorbilder für eine bestimmte Problemlösung kann sich der Jurist suchen, wo er will, auch in der Rechtsgeschichte und auch im römischen Recht.

([9]) Das habe ich in dem in Note 5 zitierten Aufsatz nachzuweisen versucht.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Daß Krampe seinem Vorschlag aber ein größeres Gewicht geben will als einem beliebigen rechtsvergleichenden Hinweis, ergibt sich aus seiner Terminologie. Was das römische Recht anbelangt, so « gebieten » die historischen Gründe (62) die vorgeschlagene Problemlösung, die Lösung ist durch historische Gesetzesinterpretation « begründet » (62) oder doch wenigstens « abgesichert » (63). Demgegenüber ist es wohl ein Minus, wenn die Lösung zusätzlich « durch ein rechtsvergleichendes Argument bestätigt » (sc. den Hinweis auf das französische Recht) wird (63). Im Gebrauch dieses Vokabulars ist Krampe allerdings nicht ganz konsequent. In der Arbeit über die Unklarheitenregel war es noch so, daß die « Bestätigung » durch die Rechtsgeschichte (49, 53, 47, 67) größeres Gewicht hatte als die « Unterstützung » durch das Beispiel des französischen Rechts.

d) Auch in diesem dritten Fall kommt endlich Krampe, ebenso wie bei der Konversion und bei der Unklarheitenregel, zu dem zusätzlichen Argument, daß bei genauer Betrachtung die Rechtsprechung sowieso schon das tut, was ihr geschichtliche Erkenntnis vorschreiben möchte. Denn auch bei § 538 BGB praktiziert die Rechtsprechung in Wahrheit schon, und zwar in offenen Gegensatz zu dem Willen des Gesetzgebers eine solche kasuistische Methode, wenngleich sie « vorgibt, nach allgemeinen begrifflichen Kriterien zu entscheiden » (62).

5. *Schlussbemerkung.*

Krampe löst Probleme und Streitfragen des geltenden Rechts mit Hilfe der Rechtsgeschichte. Im Fall der Konversion zeigt er, was wirklich geltendes Recht ist, wenn man den Willen des Gesetzgebers, nichts zu andern, ernst nimmt. Dann ist nämlich geltendes Recht das, was sich als Ergebnis der historischen Untersuchung als der Rechtszustand zur Zeit des Erlasses des Gesetzes darstellt. Zur Unterstützung läßt sich darauf verweisen, daß dieser Rechtszustand auch durch eine ungebrochene Tradition oder die Möglichkeit des Rückgriffs auf römisches Recht historisch legitimiert ist und die Praxis genau genommen stets in entsprechender Weise vorgegangen ist.

Das gleiche Verfahren ließ sich auch bei der Unklarheitenregel durchführen. Auch hier wollte der Gesetzgeber nichts ändern. Und wenn man das für verbindlich hält, ist geltendes Recht das, was sich für die historische Forschung als der Zustand des Rechts zur Zeit des Erlasses des Gesetzes ergibt.

Der Haupteinwand gegen diese Methode ist, daß es sehr künstlich ist, dem rein formalen Willen des Gesetzgebers, nichts verändern zu wollen, nachträglich mit Hilfe der historischen Forschung einen bestimmten, heute verbindlichen Inhalt zu geben. Vielmehr impliziert der Wille des Gesetzgebers nichts zu ändern, doch wohl auch seine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bereitschaft, wie nach einer Art Volksgeistlehre Rechtsprechung und Lehre freien Lauf zu lassen.

Bei der Haftung des Vermieters wollte aber nun der Gesetzgeber das vorgefundene Recht nach der Ansicht von Krampe ändern. Hier weist Krampe nach, daß der Gesetzgeber im Lichte der Geschichte gesehen damit Unrecht tat, so daß durch eine restriktive Interpretation die erlassene Norm korrigiert und der durch das gemeine Recht und BGB unterbrochene Weg der Geschichte fortgesetzt werden muß. In diesem Fall geht es aber nicht darum, daß die Erkenntnis der Geschichte zur konsequenten Fortsetzung des eingeschlagenen Weges führt, sondern im Grunde doch nur um die Vorbildlichkeit eines historischen Beispiels, das dadurch etwas Beliebiges an sich hat.

Ein zumindest schwacher Punkt der beschriebenen Methode ist auch, daß in allen Fällen die Beurteilung der Geschichte durch Krampe so sehr am seidenen Faden hängt, daß man stets auch zum entgegengesetzten Ergebnis hätte kommen können. Das gilt für das Urteil « weitgehend einhellige » Ansicht bei der Konversion, das gilt für die höchst komplizierte Interpretation der entscheidenden Digestenstelle bei der Unklarheitenregel, bei der womöglich ein Abschreibfehler über dies Auslegung für oder gegen den « Verwender » entscheidet. Und das gilt erst recht für die Auslegung von D. 19. 2 19. 1 als Hauptbeispiel für die Kasuistik des römischen Rechts und deren Interpretation durch Windscheid und den Gesetzgeber des BGB. Wenn die geschichtlichen Grundlagen aber so unsicher sind, kann man sie nicht als zwingende Argumente einsetzen.

So lehren im Ergebnis gerade die Beispiele von Krampes historisch-dogmatischen Untersuchungen, daß sich Geschichte nicht leicht in Dogmatik umsetzen läßt. Die Erkenntnis, daß der Gesetzgeber sich in Fehleinschätzung der vorgefundenen Rechtslage oder auch ohne Versuch der eigenen Beurteilung des bestehenden Rechts für eine bestimmte Lösung entschieden hat, kann im Grunde dem an das Gesetz gebundenen Richter keine größere Freiheit im Umgang mit dem Gesetz geben. Das Gesetz bindet auch bei irrtümlichen oder gar unlauteren Motiven des Gesetzgebers, wenngleich man in solchen Fällen der Rechtsprechung eine größere Freiheit gemeinhin nicht verübeln wird. Auf keinen Fall jedoch ist über den Gesetzgeber hinweg die « Wiederkehr » als Argument für eine bestimmte Problemlösung einsetzbar. Ein durch die Geschichte geschärfter Blick kann jedoch moderne Probleme sicher auch deswegen besser beobachten, weil sich unter Umständen eine « Wiederkehr » oder eine « Renaissance » (als spontaner Vorgang allerdings!) beobachten läßt, wie es insbes. Mayer-Maly eindrucksvoll gelungen ist ([10]). Es besteht aber ein Unterschied

([10]) Th. Mayer-Maly, *Renaissance der laesio enormis?*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, hrsg. von C. W. Canaris und U. Diederichsen, München 1983, S. 395-409.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zwischen der Beobachtung einer Wiederkehr und der Befürwortung einer « Wiederbelebung » (Th. Mommsen). Für Letzteres kann man die Geschichte nicht als « Reservoir » oder « Arsenal » verwenden. So wird zwar kaum jemand die Richtigkeit der Feststellung von F. Peters in seiner Rezension von Krampes « Garantiehaftung » in Zweifel ziehen: « Dogmengeschichtliche Arbeiten haben das Ziel, aus der Betrachtung der Rechtsgeschichte Gewinn für die Interpretation des geltenden Rechts zu ziehen » (11). Die Frage jedoch, worin dieser Gewinn bestehen soll, in der Lösung historisch falsch verstandener Bindung an das geltende Recht (so etwa Honsell), in positiven Handlungsanweisungen (so in letzter Konsequenz Krampe) oder nur in einer Schärfung des Urteilsvermögens (so würde ich Mayer-Maly verstehen), ist noch nicht ausdiskutiert.

(11) F. Peters, in *AcP* 181 (1981), 343.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JAN SCHRÖDER

ZUM EINFLUß SAVIGNYS AUF DEN ALLGEMEINEN TEIL DES DEUTSCHEN BÜRGERLICHEN RECHTS (*)

(Paul Mikat zum 60. Geburtstag am 10.12.1984 gewidmet)

Savignys Einfluß auf die Privatrechtsdogmatik des 19. und 20. Jahrhunderts ist bisher nicht monographisch dargestellt worden (1). Eine solche Darstellung ist einstweilen wohl auch nicht zu erwarten, da sie nicht nur Savignys Schriften, also das achtbändige « System des heutigen römischen Rechts » (den Allgemeinen Teil des Privatrechts) von 1840 ff. und das zweibändige « Obligationenrecht » von 1851-53, sondern auch seine Pandektenvorlesungen einbeziehen müßte, die den gesamten Stoff des Privatrechts römischrechtlicher Herkunft umfassen und, wie seit längerem bekannt ist (2), stark weitergewirkt haben. Zu schließen wäre diese « Lücke unserer Savigny-Kenntnis » (3) erst aufgrund genauerer Erforschung des ungedruckten Werks Savignys und einer genaueren Kenntnis der privatrechtlichen Dogmen- und Institutionengeschichte der Neuzeit überhaupt.

Weniger schwierig ist es, Savignys Einfluß auf die Allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts abzuschätzen, da insofern seine Lehrmeinungen leicht (im « System ») zugänglich sind, und außerdem, namentlich in der Rechtsgeschäftslehre und im Personenrecht viele dogmengeschichtliche Vorarbeiten vorliegen. Einige Aspekte dieser Frage sollen im folgenden auf der Grundlage der Marburger (von Ernst Wolf angeregten) Dissertation von *Horst Hammen* erörtert

---

(*) Zugleich Rezension von Horst HAMMEN, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs* (Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 29), Berlin, Duncker & Humblot, 1983, 228 pp. Ich zitiere Hammens Buch im Text nur mit den Seitenzahlen.

(1) Einzelne Hinweise bei G. KLEINHEYER - J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 2. Aufl. 1983, S. 232 f.; eine Übersicht zur Sekundärliteratur jetzt bei J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, 1984, S. 57 f., besonders Anm. 58.

(2) Jedenfalls seit der Untersuchung von W. FELGENTRAEGER, *Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre*, 1927. Aus neuerer Zeit vor allem C. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre*, 1970.

(3) So J. RÜCKERT (Fn. 1), S. 11 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

werden. Hammen kommt zu dem Ergebnis, Savigny habe sich « seinen Ruf als der größte Rechtsgelehrte des 19. Jahrhunderts ... auf dem Gebiet der Rechtsdogmatik zu Recht erworben. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs beruht zu einem wesentlichen Teil auf seinem Werk » (S. 213). Für diese weitgehende Schlußfolgerung ist jedoch die von Hammen gewählte Untersuchungsgrundlage zu schmal. Denn unter den von ihm untersuchten « allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs » versteht Hammen nur die Lehren vom Tatbestand, vom Rechtsgeschäft, vom Vertrag, vom Irrtum, von der Stellvertretung, von der Verfügung, von den abstrakten Schuldverträgen und von der ungerechtfertigten Bereicherung. Damit erschöpft seine Abhandlung nicht einmal die Rechtsgeschäftslehre, geschweige denn den gesamten Allgemeinen Teil, der ja außer der Rechtsgeschäftslehre auch noch die Lehre von den Rechtssubjekten, den Rechtsobjekten und den Rechten überhaupt, vor allem im Zusammenhang mit der Verjährung die Lehre vom Anspruch umfaßt. Außerdem aber dürfte Hammen in einigen der von ihm behandelten Punkte den Einfluß Savignys überschätzen. Ich gehe zunächst den von Hammen behandelten Punkten nach (unten I. 3.) und versuche dann noch einige Ergänzungen zum Thema « Savigny und der Allgemeine Teil des BGB » (unten II.).

I.

Vor der Behandlung der einzelnen Dogmen (3.) stellen sich zwei methodische Fragen.

1. Kann man Savignys Dogmen überhaupt zu den Paragraphen des BGB in Beziehung setzen? Einmal ist ja das Gesetzbuch kein Lehrsystem, sondern ein Inbegriff von Vorschriften, es will nicht unterweisen, sondern disponieren, und weiterhin könnte Savignys Kodifikationsfeindlichkeit es verbieten, seine Dogmatik in Verbindung mit der Kodifikation zu bringen. Durchschlagend sind diese Bedenken aber wohl nicht, denn die Frage nach Savignys Einfluß auf das BGB muß sich auch beantworten lassen, wenn seine wissenschaftliche Ausgangsposition nicht mit den Vorstellungen der BGB-Verfasser übereinstimmte. In diesem Fall dürfte man allerdings Savignys « Größe » nicht an seinem Einfluß auf das BGB messen, aber das darf man wohl auch im anderen Fall nicht, da ja Savignys Einsichten auch denen der BGB-Verfasser überlegen gewesen sein könnten. Hammen dagegen nimmt diese Fragen sehr ernst und beginnt seine Arbeit mit zwei Kapiteln zum Systembegriff und zur Lehre von der Kodifikation bei Savigny. Diese Kapitel erweitern aber nicht das vorhandene Wissen und werden dem gestellten Anspruch m.E. nicht gerecht. Die Untersuchung von

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

System und Methode Savignys hätte dann die Kontinuität von Savignys Lehren bis zur Entstehung des BGB nachweisen müssen (was schwierige Fragen betreffend Savignys Bedeutung für die Entstehung der « Begriffsjurisprudenz » (4) und deren Rolle bei der Kodifikation aufwirft). Diesen Nachweis führt Hammen aber nicht und er konnte ihn im Vorübergehen auch gar nicht führen. Die Bejahung der Frage, ob Savignys Lehre vom System « den Gesetzen der Logik » entspreche (S. 24, 50), ist jedenfalls nicht ausreichend. So bleiben in diesem Abschnitt nur einzelne wertvolle Überlegungen festzuhalten, wie die Erkenntnis (5), daß nicht Savignys strenge Begrifflichkeit, sondern die Methode der Anschauung zum Ausgangspunkt der Begriffsjurisprudenz geworden sei (S. 51): - In dem Abschnitt über Savignys Einstellung zu Gesetz und Kodifikation versucht Hammen zu zeigen, daß Savigny nur in der Schrift « Vom Beruf » (1814), nicht mehr aber im « System » (1840) Gesetzgebung abgelehnt habe. Das widerspricht der m.E. zutreffenden herrschenden Auffassung (6). Savigny hat nicht im « System » seinen Widerstand gegen staatliche Gesetzgebung aufgegeben und in die Schrift vom Beruf nachträglich eine Unterscheidung zwischen (bejahter) Einzelgesetzgebung und (abgelehnter) Kodifikation hineininterpretiert (S. 65). Vielmehr findet sich auch 1814 schon die Differenzierung zwischen Gesetzgebung, « welche der Gewohnheit zu Hülfe kommt » und der abgelehnten Aufzeichnung des « gesammten Rechtsvorraths ». In dieser Frage ist sich Savigny mit einigen Nuancierungen durchaus treu geblieben; und man kann ihm auch keinen logischen Widerspruch zwischen der Volksgeistlehre und der tatsächlichen Existenz von Gesetzen vorwerfen (S. 62), da er schon 1814 das Recht nicht ausschließlich auf den Volksgeist zurückführt, sondern durchaus einen teilweisen « Einfluß der Gesetzgebung auf bürgerliches Recht, bald löblich, bald tadelnswerth » anerkennt (7) (eine Stelle, die Hammen zwar S. 56 zitiert, aber nicht genügend berücksichtigt).

2. Darf man schon aus der jeweiligen Übereinstimmung von Savignys Lehren mit dem BGB auf einen « Einfluß » Savignys schließen? Richtigerweise wohl nur dann, wenn gerade Savigny diese Lehre in die Dogmatik eingeführt hat und sie nicht schon auf einer älteren

(4) Vgl. nur etwa F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 373 f., 397 f., 433 ff.; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* 4. Aufl. 1979, S. 19, 21 ff.; W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958, S. 68 f. Wichtige Korrekturen an der bis dahin herrschenden Auffassung bei M. HERBERGER, *Dogmatik*, 1981, S. 375 ff.

(5) Siehe auch bereits M. HERBERGER (Fn. 4), S. 401, 410 zur « organischen » Methode bei Ihering.

(6) Vgl. jetzt mit weiteren Nachweisen H. H. JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, 1983, S. 34 mit Anm. 63.

(7) F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, S. 14; die vorher im Text zitierte Stelle S. 17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tradition beruht. Das zwingt dann aber dazu, auch die Dogmenentwicklung vor Savigny einzubeziehen. Hammen folgt nun jeweils demselben Untersuchungsschema, indem er zunächst die naturrechtliche Lehre bei Grotius und im preußischen Allgemeinen Landrecht darstellt, dann die gemeinrechtliche Lehre vor Savigny, dann dessen Lehren im « System », im « Obligationenrecht » und in den (ungedruckten) Vorlesungen, dann die Entwicklung nach Savigny — einschließlich der Rechtsprechung — bis zum BGB. Dabei kommt aber die Vorgeschichte zu kurz, denn weder ist das Naturrecht durch Grotius und das ALR ausreichend repräsentiert (8), noch das gemeine Recht vor Savigny durch die Autoren des frühen 19. Jahrhunderts, auf die sich Hammen beschränkt. Insoweit müßte sich Hammen an dem selbstgestellten Anspruch messen lassen, so schwer dieser auch zu erfüllen sein mag. Wertvoll sind dagegen Hammens durchgehende Hinweise auf Savignys Vorlesungen (9), die sich auf Nachschriften aus einem Zeitraum von 20 Jahren und auf einen jetzt in der Universitätsbibliothek Marburg verwahrten Teil von Savigny eigenem Manuskript stützen. Es war zwar bisher schon bekannt, daß Savignys Lehren nicht immer erst im « System » (1840 ff.) und « Obligationenrecht » (1851-53) ihre endgültige Fassung bekommen (10), aber die lebenslange intensive Beschäftigung Savignys mit dem Pandektenstoff wird nun doch auf breiterer Grundlage deutlich, und es ist interessant zu sehen, in wie unterschiedlichem Tempo die einzelnen Lehren in Savignys Denken zur Reife gelangen. Dankbar ist man auch dafür, daß Hammen die Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts berücksichtigt und damit vielfach über bisher Bekanntes (11) hinausführt.

3. Im einzelnen behandelt Hammen zunächst die Lehren von den juristischen Tatsachen, vom Rechtsgeschäft und vom Vertrag. Bei den « *juristischen Tatsachen* » geht es darum, unter welchen allgemeinen Begriff die Umstände gebracht werden, die zur Entstehung, Änderung oder Beendigung von Rechtsverhältnissen führen und ob sie überhaupt unter einen allgemeinen Begriff gebracht werden. Hammen

---

(8) Kritisch insoweit auch die Rezension des Hammenschen Buches durch H. KLENNER, in *ZNR* 1984, S. 206-209 (207).

(9) Übersicht zu den Vorlesungsnachschriften jetzt bei J. RÜCKERT (Fn. 1), S. 61-65, zu den Vorlesungsmanuskripten Savignys a.a.O., S. 142-144.

(10) Seit dem Nachweis FELGENTRAEGERS (Fn. 2), daß Savignys Übereignungslehre in den Vorlesungen entwickelt und schon *vor* dem Erscheinen von « System » und « Obligationenrecht » rezipiert worden ist.

(11) Breiter angelegte (d.h. nicht nur auf ein Dogma beschränkte) Untersuchungen der Zivilrechtsprechung im 19. Jahrhundert sind bisher selten, die wichtigsten sind wohl: R. SCHEUERMANN, *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861*, 1972 und H.-G. MERTENS, *Untersuchungen zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts vor dem Inkrafttreten des BGB*, in *Archiv für die civilist. Praxis* 174 (1974), S. 333 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meint, das sei vor Savigny — abgesehen von einigen vereinzelten Ansätzen — nicht der Fall gewesen, vielmehr habe weitgehend die unvollständige römischrechtliche Einteilung in (Quasi-) Kontrakte und (Quasi-) Delikte geherrscht. Erst Savigny habe den allgemeinen Begriff der « juristischen Tatsache » gefunden und herrschend gemacht (nicht sehr überzeugend verläßt Hammen dann allerdings — wie auch sonst mehrfach ([12]) — die historische Fragestellung und wirft Savigny einige logische « Fehler » seiner Lehre vor). Ohne diese Entdeckung Savignys verkleinern zu wollen, muß man aber doch mit Hammen (S. 77) darauf hinweisen, daß der Begriff « juristische Tatsache » im BGB nicht vorkommt, weil er nur eine lehrhafte Denkhilfe ohne praktische Relevanz ist. Allerdings ist es aufschlußreich, wie er sich im späten 18. Jahrhundert verbreitet (S. 74-78), während er für die gegenwärtige Privatrechtslehre mit ihrem Desinteresse an lehrhafter Begrifflichkeit wohl nicht mehr selbstverständlich ist ([13]). - Zweifelhaft erscheinen mir die Verdienste, welche Hammen Savigny in bezug auf die Lehre vom *Rechtsgeschäft* zuschreibt. Nach Hammen hat schon die gemeinrechtliche Lehre vor Savigny den Begriff Rechtsgeschäft verwendet, Thibaut ihn sogar dem allgemeinen Teil zugeordnet (S. 81 f.). Savignys Leistung soll nun aber vor allem darin liegen, daß er das Rechtsgeschäft nicht mehr nur, wie seine Vorgänger, als Unterbegriff der Handlung, sondern als Unterbegriff der juristischen Tatsache verstanden hat (S. 82, 90). Aber dieses Verständnis liegt, wie Hammen zugeben muß, weder dem BGB, noch der zivilrechtlichen Literatur seiner Entstehungszeit zugrunde (S. 85, 89), und auch wenn es so wäre, bestünde darin kein über die Entdeckung der juristischen Tatsachen hinausgehendes Verdienst Savignys. - In der *Vertragslehre* hebt Hammen die Einsicht Savignys hervor, daß der Vertrag in den allgemeinen Teil gehört, weil Verträge auf allen Rechtsgebieten, nicht nur im Schuldrecht, vorkommen, sodann auch die Überwindung der alten naturrechtlichen Lehre vom Versprechen, die nicht erkennt, daß auch ein Versprechen einen Vertrag darstellt, da es ja angenommen werden muß (S. 98 f.). Wenn sich allerdings diese Errungenschaften auch schon bei Thibaut finden (S. 94 f.), sollte man Savignys Einfluß auf die Entwicklung dieser Lehre nicht überschätzen; außerdem darf man nicht vergessen, daß für Savigny z.B. die Schenkung — abweichend von der späteren und modernen Auffassung — kein Vertrag, sondern « ein allgemeiner Charakter ist, welchen die allerverschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können » ([14]).

([12]) Vgl. auch dazu die Kritik von H. KLENNER (Fn. 8), *ZNR* 1984, S. 208-209.

([13]) So scheint K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 6. Aufl. 1983, den Begriff « juristische Tatsache » überhaupt nicht zu verwenden; als Oberbegriff zum « Rechtsgeschäft » erscheint « Handlung » (§ 18 I, S. 302).

([14]) F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, IV, 1841, S. 3- Vgl. dagegen die Notiz von v. Schmitt aus den Beratungen der 1. BGB-Kom.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Die folgenden Abschnitte von Hammens Buch befassen sich mit praktisch wichtigeren und zum Teil in ihrer Entwicklung auch besser erforschten Dogmen. In der Lehre vom *Irrtum und seinen Wirkungen* konnte Hammen auf eine recht reichhaltige dogmengeschichtliche Literatur zurückgreifen ([15]). Er kommt zu dem Ergebnis, daß Savigny vor allem in drei Punkten bestimmend in die Dogmenentwicklung eingegriffen hat: in der konsequenten Einordnung des Irrtumsproblems in die Lehre von der Willenserklärung, in der scharfen Trennung des, freilich auch schon vor Savigny durchweg für unbeachtlich gehaltenen, Motivirrtums (der den rechtsgeschäftlichen Willen unberührt läßt) von Erklärungs- und Inhaltsirrtum (der den rechtsgeschäftlichen Willen beseitigt) und in der Heraushebung des Eigenschaftsirrtums als eines noch beachtlichen Sonderfalls. Hammen folgt damit im wesentlichen der wohl herrschenden Meinung, daß Savigny auf der Grundlage einer « Willenstheorie » grundsätzlich den Irrtum für beachtlich hält ([16]), und in der Tat ist das wohl die ungezwungenere Deutung der Savignyschen Auffassung, wenn man sich einmal an dessen eigenartige Terminologie gewöhnt hat, in der gerade nur der unbeachtliche (Motiv-) Irrtum als solcher, der beachtliche Irrtum aber als « unächter » bezeichnet wird ([17]). Mit Recht weist Hammen aber auch darauf hin, daß die Schadensersatzpflicht des Irrenden und die bloße Anfechtbarkeit (nicht Nichtigkeit) der irrtümlich abgegebenen Erklärung nachsavignysche Entwicklungen sind. So ergibt sich hier — wohl zutreffend — ein differenziertes Gesamtbild. - Nicht recht einleuchten will dagegen, was Hammen zu Savignys Einfluß auf die « Lehre von der *Stellvertretung* » (richtiger müßte man sagen: von der gewillkürten Stellvertretung) schreibt. Savigny soll das Verdienst haben, als erster die Zulässigkeit der Stellvertretung mit dem Willen der Beteiligten begründet und « als erster die Lehre vertreten » haben, « daß die Wirkungen eines Vertretungsgeschäfts nicht den Vertreter, sondern den

---

mission: « Alle waren sich darüber einig, daß Savignys Absicht irrig sei, wonach Schenkung kein Vertrag sei » (nach H. H. JAKOBS - W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse* II, 1980, S. 340 Anm. 7).

([15]) P. HAUPT, *Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption*, 1941; B. OEBIKE, *Wille und Erklärung beim Irrtum in der Dogmengeschichte der beiden letzten Jahrhunderte*, Jur. Diss. Münster 1935; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2. Band: *Das Rechtsgeschäft*, 3. Aufl. 1979, S. 435 ff.; STAUDINGER - H. DILCHER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12. Aufl., §§ 90-240 (1980), § 119 Rn. 2 ff.; K. LUIG, *Savignys Irrtumslehre*, in *Ius Commune* 8 (1979), S. 36-59.

([16]) So W. FLUME (Fn. 15), S. 445; wohl auch STAUDINGER-DILCHER (Fn. 15), § 119 Rn. 5; anders K. LUIG (Fn. 15), S. 46, 57.

([17]) F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, 1840, S. 264, 440 ff. Allerdings fügen sich einzelne Lösungen Savignys in Irrtumsfragen nicht dem modernen (und spät-gemeinrechtlichen?) Verständnis, vgl. K. LUIG (Fn. 15), S. 52 f. und DERSELBE, in *Quaderni Fiorentini* 9 (1980), S. 422.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vertretenen treffen » (S. 145). Diese Behauptung, ist wohl kaum richtig, da die großen Kodifikationen durchweg die unmittelbare Drittwirkung der Stellvertretung anerkennen ([18]) und vor diesem Hintergrund die gemeinrechtliche Lehre des frühen 19. Jahrhunderts als (von Savigny nur zum Teil korrigierter) Rückschritt erscheinen muß. Hier verschiebt Hammens allzu kursorische Berücksichtigung des Naturrechts die Perspektive. Beeindruckend ist sicherlich die Souveränität, mit der sich Savigny zugunsten einer als praktisch erkannten Lösung über die römischrechtlichen Quellen hinwegsetzt; bahnbrechend ist aber diese Lösung nicht und sie wird auch noch durch die Gleichsetzung von Bote und Stellvertreter erkauft. - Savignys bestimmender Einfluß auf die Lehre vom abstrakten *dinglichen Vertrag* bzw. von den *Verfügungen* ist bekannt ([19]); Hammen gibt aber manche Hinweise auf bisher wenig bekannte Details der Entwicklung, wie die Auswirkung des preußischen (Grundstücks-) Eigentumserwerbsgesetzes von 1872 ([20]) (S. 157, 159) und die wichtige Parallelentwicklung in der Lehre von der rechtsgeschäftlichen Bestellung von Belastungen (S. 162 ff.). Wenn Hammen resümiert (S. 173), Savigny habe in der Sache die Lehre von der Verfügung begründet, so wird man dem wohl zustimmen können. - Überraschend ist dann wieder, daß Hammen Savigny auch Einfluß auf die Lehre von den *abstrakten Schuldverträgen* zuschreiben will, als deren Begründer bisher Otto Bähr galt. Bährs maßgebliche Rolle wird auch von Hammen nicht bestritten, er weist aber darauf hin, daß Savigny jedenfalls einzelne Fälle von abstrakten Schuldverträgen anerkannt und Bähr zur Aufstellung einer verallgemeinernden Lehre ermutigt hat (S. 176 f., 178). - Abschließend wendet sich Hammen der Lehre von der *ungerechtfertigten Bereicherung* zu. Nach Hammen liegt Savignys Leistung hier vor allem in der Herausarbeitung eines gemeinsamen Prinzips für die einzelnen römischrechtlichen Kondiktionsfälle, sodann in der Erkenntnis, daß die Kondiktion keine gegenständliche Vermögensverschiebung voraussetze

---

([18]) *Preußisches Allg. Landrecht* I, 13, § 85; *Österreichisches Allg. Bürgerl. Gesetzbuch* § 1017. Vgl. HUBERTA BAUER, *Die Entwicklung der freien gewillkürten Stellvertretung seit dem Abschluß der Rezeption in Deutschland bis zur Kodifikation des BGB*, Jur. Diss. Erlangen 1963, S. 70 ff; Ulrich MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, 1969, S. 152. Zur Entwicklung der gewillkürten Stellvertretung weiterhin W. FLUME (Fn. 15), S. 750-752; STAUDINGER-DILCHER (Fn. 15), Vor § 164 Rn. 3 ff. Zu Savignys Stellvertretungslehre H. MOHNHAUPT, *Savignys Lehre von der Stellvertretung*, in *Ius Commune* 8 (1979), S. 60-77.

([19]) Seit W. FELGENTRAEGER (Fn. 2). Weiterhin F. RANIERI, *Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts*, hrsg. v. H. Coing und W. Wilhelm, 2 (1977), S. 90 ff. Vgl. auch die folgende Fn.

([20]) Dazu S. BUCHHOLZ, *Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht. Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld*, 1978, S. 299 ff. (von Hammen nicht berücksichtigt).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

und der Sache nach ein « Tatbestand der Unrechtmäßigkeit » sei (S. 208). Der letzte Hinweis erscheint etwas irreführend: Savigny will mit der Einordnung der Kondiktionen in das Kapitel über « Verletzung der Rechte » offensichtlich kein materiellrechtliches Prinzip für die Bereicherungshaftung aufstellen ([21]), sondern nur zum Ausdruck bringen, daß die Kondiktionen zu den Rechten im Verhältnis von Anspruch (bzw. Klagerecht) zu materiellem Recht stehen, so wie die Vindikation zum Eigentum oder die Klage aus Kauf zu der aus dem Kaufvertrag entspringenden Obligation. « Rechtsverletzung » im Sinne dieses Savigny-Kapitels, das ja eben die Klagen behandelt, ist also nur ein allgemeiner Ausdruck für den Umstand, der ein Recht in den « Zustand der Vertheidigung » geraten läßt, zu einer « Metamorphose » in seinem « Lebensprozeß » ([22]) führt, so daß schon die schlichte Nichterfüllung einer Schuld als Rechtsverletzung erscheint ([23]). Die Frage, worin materiellrechtlich allgemein das « Ungerechtfertigte » der Bereicherung liegt, wird von Savigny gar nicht im Zusammenhang behandelt. Gefährlich erscheint es auch angesichts des geringen Induktionsmaterials, mit dem Savigny arbeitet, ihn zur Autorität in der modernen Streitfrage um die Einheitlichkeit des Grundtatbestandes der ungerechtfertigten Bereicherung zu machen (Ansätze dazu S. 189, 205 f.). Störend ist schließlich, wie öfters in diesem Buch, die unhistorische Art, in der Savigny auf der Grundlage der « Logik » und moderner Auffassungen « Fehler » nachgewiesen werden (S. 194 ff.). Im übrigen dürfte die Darstellung Hammens ([24]) im wesentlichen zutreffen, wenn auch vielleicht die nicht nur vermittelnde Rolle Windscheids noch stärkere Beachtung verdient hätte.

Zusammenfassend wird man also den Einfluß Savignys auf das BGB in manchen der behandelten Punkte geringer veranschlagen müssen, als Hammen es tut. Seine Arbeit liefert aber — abgesehen von den m.E. wenig geglückten beiden ersten Kapiteln — auf der Basis solider Literatur- und Quellenkenntnisse viele nützliche Bausteine zur Savigny-Forschung und zur privatrechtlichen Dogmengeschichte und erweitert in manchen Details das bisherige Wissen; man wünschte sich allerdings eine etwas breitere Quellenausschöpfung für die Zeit vor Savigny und etwas mehr Zurückhaltung in der Anwendung ana-

---

([21]) Anders Jan WILHELM, *Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung*, 1973, S. 22. Auch K. LUIG, in *Quaderni Fiorentini* (wie Fn. 17), S. 419 überschätzt m.E. die Rolle der « Rechtsverletzung » in Savignys Privatrecht: sie ist der Leitfaden für die Lehre von den Klagrechten und kann deshalb wohl nicht zugleich (jedenfalls nicht in demselben Sinn) für die Behandlung irgendwelcher *materieller* Rechte nutzbar gemacht werden.

([22]) F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, 1841, S. 2 f.

([23]) Wie vorige Fn., S. 16 f., 287.

([24]) Sie stützt sich vornehmlich auf die Untersuchung von J. WILHELM (Fn. 21), S. 19 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chronistischer modern-dogmatischer oder « logischer » Maßstäbe. Verallgemeinernde Aussagen über Savignys Einfluß auf die allgemeinen Lehren des BGB läßt Hammens Arbeit von der Anlage her nicht zu.

II.

Eine Untersuchung, die zu solchen Aussagen kommen wollte, müßte sich dem Allgemeinen Teil in seiner ganzen Breite (und nicht nur einzelnen Bereichen der Rechtsgeschäftslehre) zuwenden. Ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit soll im folgenden auf einige weitere Punkte hingewiesen werden.

Im zweiten Band des « Systems » behandelt Savigny die Lehre von den Rechtssubjekten. Dabei bejaht er, freilich nicht als erster Pandektist ([25]), das Prinzip der allgemeinen Rechtsfähigkeit *natürlicher Personen*, das bekanntlich erstmals durch §§ 16, 18 des österreichischen ABGB von 1811 ausgesprochen worden ist ([26]). Zu beachten ist aber, daß dieses Prinzip für Savigny, wenn er es auch zunächst quasi « naturrechtlich » entwickelt, nicht uneingeschränkt gilt, und der Gesetzgeber die Rechtsfähigkeit « manchen einzelnen Menschen ... ganz oder theilweise » versagen kann ([27]) (was Savigny etwa im Hinblick auf die Juden auch für ganz angemessen zu halten scheint) ([28]). Darin unterscheidet er sich von der späteren lückenlosen Durchführung des Prinzips im BGB. Im übrigen dürfte Savignys Einfluß auf die Entwicklung der Lehre von der natürlichen Person noch keineswegs ausreichend bekannt sein, z.B. scheint er als erster Romanist mit dauerhaftem Erfolg die Lehre bekämpft zu haben, rechtsfähig könne nur ein lebens-

---

([25]) Vgl. bereits J. F. KIERULFF, *Theorie des Gemeinen Civilrechts*, 1839, S. 83 (« Es ist ... herrschender Grundsatz des heutigen Rechts, daß *jeder einzelne Mensch* Rechtssubject ist ». Hervorhebung im Original); G. F. PUCHTA, *Pandekten* (1. Aufl. 1838), 4. Aufl. 1848, § 22, S. 34 (« Persönlichkeit ... ist durch allgemeine Rechtsvorschrift mit der Existenz des menschlichen Individuums verknüpft ... keineswegs ... sind die individuellen Unterschiede der Menschen an sich auch Unterschiede der Personen »). So wohl auch schon HEISE in seinen Vorlesungen.

([26]) Zur Entwicklung H. CONRAD, *Individuum und Gemeinschaft in der Privatrechtsordnung des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts*, 1956. Vgl. auch H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, 1982, S. 1 ff.

([27]) F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, II, 1840, S. 2. Vgl. dagegen die Bemerkungen des Redaktors zum Vorentwurf des allgemeinen Teils des BGB: Es « stellt sich jede Modifikation der gemeinen Rechtsfähigkeit, jede Erweiterung oder Einengung derselben als eine, besonderer Rechtfertigung bedürfende Ausnahme dar, die sich nur auf einzelne Verhältnisse erstreckt ... » (nach W. SCHUBERT, Hrsg.: *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Teil 1, 1981, S. 356).

([28]) Vgl. *System* II (wie Fn. 27), S. 234 und Savignys Bemerkungen zur Judenfrage, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 3 (1817), S. 23 f.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fähiges Kind sein ([29]), andererseits hält er im Gegensatz zum BGB noch am Erfordernis « menschlicher Bildung » des Neugeborenen fest ([30]). Besser bekannt ist Savignys Theorie der *juristischen Person*. Zur Lehre von der (entstandenen) juristischen Person ist wohl mit Recht gesagt worden, daß sie « für das gegenwärtige Bewußtsein ihren Anfang bei Savigny » nimmt (31). Nachdem Heise erstmals ein « modernes » System der (als solche bezeichneten) juristischen Person entworfen hatte, hat Savigny die Theorie, insbesondere den Gedanken der rechtlichen Verselbständigung der juristischen Person gegenüber ihren Mitgliedern, mit bis dahin unerreichter Vollständigkeit und Konsequenz ausgeführt ([32]). Darin ist er für die folgende Zeit und bis in die Gegenwart maßgebend geblieben. In der Frage der Entstehung juristischer Personen hing Savigny jedoch dem Konzessionserfordernis an ([33]), und über diese Einstellung ist bekanntlich die Folgezeit hinweggegangen; das BGB hat sich jedenfalls bei den Idealvereinen dem Prinzip der freien Körperschaftsbildung bis auf einen Schritt genähert ([34]). Auch in der damit zusammenhängenden Frage des Körperschaftsbegriffs vertritt Savigny eine zurückgewandte Position. Einzelne Äußerungen lassen vermuten, daß er noch im ständestaatlichen Sinn nur « öffentliche », ständische Zusammenschlüsse als Korporationen betrachtet, nicht aber z.B. Handelsgesellschaften, gleichgültig welcher Rechtsform ([35]). Insoweit ist

---

([29]) *System* II (wie Fn. 27), S. 385 ff. (Beylage III); vgl. den Bericht des Redaktors bei W. SCHUBERT (wie Fn. 27), S. 377 ff.

([30]) *System* II (Fn. 27), S. 9 f., vgl. dagegen bei W. SCHUBERT (Fn. 27), S. 380 f.

([31]) So W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Band, 2. Teil: *Die juristische Person*, 1983, S. 1. Dort jetzt auch zur Geschichte der Lehre im 19. Jahrhundert (S. 1-31), vgl. auch H. HATTENHAUER (Fn. 26), S. 19 ff. Brauchbare Monographien fehlen, die Arbeit von W. HENKEL, *Zur Geschichte der juristischen Person im 19. Jahrhundert. Geschichte und Kritik der Fiktionstheorien*, Jur. Diss. Göttingen 1973, ist viel zu sehr auf die Sichtweise des Theorienstreits im späten 19. Jahrhundert fixiert; eher noch schlechter die Göttinger Jur. Diss. 1974 von C. TIETZE, *Zur Theorie der juristischen Person in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*. Eine Reihe weiterführender Arbeiten jetzt aber in Band 11-12 (1982-83) der *Quaderni Fiorentini* (*Itinerari moderni della persona giuridica*).

([32]) *System* II (Fn. 27), S. 235 ff.

([33]) *System* II (Fn. 27), S. 275.

([34]) Zur Entwicklung im 19. Jahrhundert: W. MUMMENHOFF, *Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit*, 1979, S. 32 ff.; T. VORMBAUM, *Die Rechtsfähigkeit der Vereine im 19. Jahrhundert*, 1976, S. 44 ff.

([35]) Siehe die Unterscheidung zwischen gewachsenen und « willkürlichen » Korporationen bei Savigny und ihre zum Teil unterschiedliche Behandlung, *System* II (Fn. 27), S. 242 f., 275, und zur Einordnung der Aktiengesellschaft: *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, II, 1853, S. 113-114 Anm. f. Zur Aktiengesellschaft bei Savigny: Jan WILHELM, *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person*, 1981, S. 342 f.; W. FLUME (Fn. 31), S. 27 f., der annimmt, Savigny habe die Aktiengesellschaften doch als juristische Person betrachtet; Jan SCHRÖDER, *Zur älteren Genossenschaftstheorie*, in *Quaderni Fiorentini* 11-12 (1982-83), S. 399 ff. 425.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Savigny schon durch die Entwicklung des 19. Jahrhunderts zur « bürgerlichen » Korporation überholt worden, insbesondere durch die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit von Aktiengesellschaften und von Gesellschaften mit beschränkter Haftung ([36]). Aber auch der formale, auf die staatliche Anerkennung der Rechtsfähigkeit abstellende Begriff der juristischen Person, der sich gleichfalls bei Savigny findet ([37]), ist nicht unbestritten geblieben, da jedenfalls nach 1900 vielfach (etwa in der Rechtsprechung zu § 54 S. 2 BGB) die Struktur der Vereinigung als der entscheidende Grund für die rechtliche Behandlung als juristische Person betrachtet wird ([38]).

Im Bereich der Rechtsgeschäftslehre gibt es noch weitere Prüfsteine für Ausmaß und Grenzen der Wirksamkeit Savignys. Besonders aufschlußreich ist in mehrfacher Hinsicht seine Stellungnahme zur *Gesetzesumgehung*. Savigny will gesetzesumgehende Geschäfte nicht, wie die moderne Lehre, durch Auslegung des umgangenen Gesetzes, sondern durch (erweiternde) Auslegung des Umgehungsgeschäfts bekämpfen, betrachtet Umgehungsgeschäfte also als Scheingeschäfte ([39]). Diese Betrachtungsweise wird schon von der Zivilrechtslehre des späten 19. Jahrhunderts aufgegeben, die das Umgehungsgeschäft nicht mehr als simuliertes, sondern als wirklich gewolltes Geschäft ansieht und ihm durch ausdehnende oder analoge Anwendung des umgangenen Gesetzes beizukommen versucht ([40]). An Savignys Stellungnahme ist interessant, daß er in der Vertragsauslegung weiter, in der Gesetzesauslegung aber weniger weit gehen will, als die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts herrschend gewordene Lehre. In der Tat darf man, wenn man (wie Hammen S. 43, 50) den großen Einfluß betont, den Savignys Auslegungslehre gehabt hat, doch nicht vergessen, daß die von ihm der richterlichen Auslegungsfreiheit gezogenen Grenzen seit dem späten 19. Jahrhundert nicht mehr als verbindlich gelten. Mit dem Aufkommen der « objektiven » Auslegungstheorie und der damit verbundenen Entdeckung der « teleologischen » Auslegung ([41])

([36]) Vgl. für die Aktiengesellschaft J. WILHELM (Fn. 35), S. 347 mit Anm. 229; für die GmbH W. SCHUBERT, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung - eine neue juristische Person*, in *Quaderni Fiorentini* 11-12 (1982-83), S. 589 ff. (593).

([37]) *System* II (Fn. 27), « des Vermögens fähiges künstlich angenommenes Subject » (S. 239), das auf dem « Wille(n) der höchsten Gewalt » beruht, der « künstliche Rechtssubjecte schafft » (S. 278).

([38]) Zur Entwicklung des auf die innere Struktur der Vereinigung abstellenden Körperschaftsbegriffs im 19. Jahrhundert J. SCHRÖDER (Fn. 35), S. 426 ff.

([39]) F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, 1840, S. 324 f. Vgl. A. TEICHMANN, *Die Gesetzesumgehung*, 1962, S. 6 ff.; STAUDINGER-DILCHER (Fn. 15), § 117 Rn. 4; Jan SCHRÖDER, *Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung* (= Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Neue Folge, Heft 44), Paderborn 1985, S. 23-25.

([40]) J. SCHRÖDER, *Gesetzesauslegung* (Fn. 39), S. 37 ff.

([41]) J. KOHLER, *Über die Interpretation von Gesetzen*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, hrsg. von Grünhut, 13 (1886), S. 1 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wurde Savignys striktes Verbot, bei der Auslegung den « Gedanken » des Gesetzgebers zu verbessern (42), hinfällig, also, wenn man so will, die politische Seite der Savignyschen Auslegungslehre. Bestand hat nur ihre formale Seite (die Aufstellung der vier Auslegungselemente) gehabt. - Ein « beredtes Schweigen » kennzeichnet Savignys Meinung zum Problem der *Konversion*, denn nach Savigny scheint es — der gemeinrechtlichen Lehre seiner Zeit entsprechend — keine von der Auslegung des Rechtsgeschäfts, also der Frage nach dem wirklichen Willen der Parteien, verschiedene Konversion des Rechtsgeschäfts zu geben (43). Demgegenüber hat die später, vielleicht auch unter dem Eindruck der Fassung von § 140 BGB, herrschend gewordene Lehre die Konversion als einen besonderen Fall der Aufrechterhaltung eines Rechtsgeschäfts entsprechend dem hypothetischen, fiktiven Willen der Parteien angesehen (44). - Besonders ausführlich und differenziert ist Savignys Darstellung der *Bedingung*. Wie die meisten anderen gemeinrechtlichen Autoren seiner Zeit nahm Savigny eine Rückwirkung der eingetretenen aufschiebenden Bedingung an (45), eine Meinung, die von der späten Pandektistik unter dem Einfluß Windscheids und dann auch vom BGB (§§ 158, 159) aufgegeben worden ist (46). Hinweggegangen ist das BGB auch über Savignys Lehre von der Auswirkung sittenwidriger Bedingungen auf die Wirksamkeit von Testamenten. Savigny hielt noch in Übereinstimmung mit dem römischen Recht die sittenwidrige Bedingung für nicht geschrieben, die sittenwidrig bedingte Verfügung von Todes wegen also für unbedingt wirksam (47), während dann die Verfasser des BGB Totalnichtigkeit annahmen (48). In der modernen Literatur zeigt sich aber eine bemerkenswerte Rückwendung zu der Savignyschen Meinung (49) - ein Umstand, der auch erkennen läßt, daß man nicht allein das BGB und die späte gemeinrechtliche Lehre zum Maßstab für Savignys dogmatische Leistung machen sollte.

(35 Anm. 98: « Man spricht hier von logischer Interpretation; man sollte eher von teleologischer Interpretation sprechen »).

(42) *System* I (Fn. 39), S. 235, 322.

(43) Dazu C. KRAMPE, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, 1980, S. 86 f., 111 f.

(44) Vgl. C. KRAMPE (Fn. 43), S. 4 ff., 11 ff. (zur Entstehungsgeschichte von § 140 BGB S. 130 ff.) mit grundsätzlicher Kritik an der jetzt herrschenden Auffassung.

(45) *System* III (Fn. 17), S. 150 f. Dazu G. SCHIEMANN, *Pendenz und Rückwirkung der Bedingung*, 1973, S. 90-94.

(46) Siehe G. SCHIEMANN (Fn. 45), S. 95 ff.

(47) *System* III (Fn. 17), S. 194 ff.

(48) Motive V, S. 19-22 (= B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, V, 1899, S. 10-12).

(49) Siehe etwa J. P. MEINCKE, *Die Scheidungsklausel im Testament*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, 1976, S. 437 ff., besonders 456 ff.; W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft* (Fn. 15), S. 695; *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, VI, 1982, § 2074 Rn. 18 (*Leipold*) mit weiteren Nachweisen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Betrachtet man abschließend die Lehre vom *subjektiven Recht*, so ist auch hier wieder das Ergebnis zwiespältig. Einerseits wird Savignys Definition des subjektiven Rechts als einer « Macht », als der Zuweisung eines Gebiets, in dem der individuelle Wille « unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat » (50), als « klassisch » bezeichnet (51). Andererseits decken sich Savignys Vorstellungen von der Struktur und vom Umkreis der subjektiven Rechte vielfach nicht mit den modernen Ansichten. So ist etwa seine Unterscheidung zwischen Sachen- und Personenrechten, nach der sich diese unmittelbar gegen Personen, jene aber auf Sachen richten (52), schon im späten 19. Jahrhundert bezweifelt und durch die Einsicht ergänzt worden, daß auch die Sachenrechte sich gegen Personen (aber eben gegen jedermann) richten (53), so hat sich seine Ablehnung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (54) schon in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nur noch mühsam behaupten können (55). Vor allem aber geht Savigny in der Lehre von den « Klagen » alte Wege, indem er die « Klagrechte » nicht schon rein materiellrechtlich als « Ansprüche » faßt, sondern ihnen noch eine materielles und Prozeßrecht verklammernde Stellung zuweist, sie nicht als eine besondere « sekundäre » Art von Rechten, sondern als den Zustand versteht, in den die Rechte durch « Verletzung » geraten (56). Seit der Begründung des rein materiellrechtlichen Anspruchsbegriffs durch Windscheid ist dieser Weg verlassen (57), so daß heute die im-

(50) *System* I (Fn. 39), S. 7, 333.

(51) Von H. COING, *Zur Geschichte des Begriffs « Subjektives Recht »* (1959), in DERS., *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, I, 1982, S. 241 ff. (256).

(52) *System* I (Fn. 39), S. 334 ff. (338, 344 f.).

(53) Vgl. schon B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 7. Aufl. 1891, § 38, S. 91 (« Alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache »). Siehe auch den Hinweis bei STAUDINGER-DILCHER (Fn. 15), Vor § 90 Rn. 2. Anders aber wohl noch die Verfasser des BGB, vgl. *Motive* III, S. 2, bei MUGDAN (Fn. 48) III, 1899, S. 1 (« Das dingliche Recht ergreift die Sache selbst ... »).

(54) *System* I (Fn. 39), S. 335-337.

(55) Zur Entwicklung im späten 19. Jahrhundert D. KLIPPEL, *Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert*, in *ZNR* 1982, S. 132 ff.; D. LEUZE, *Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert*, 1962. Die Verfasser des BGB anerkennen allerdings noch kein allgemeines Persönlichkeitsrecht, vgl. *Motive* II, S. 728, bei MUGDAN (Fn. 48), II, 1899, S. 406.

(56) *System* V (Fn. 22), S. 3. Dazu K. W. NÖRR, *Das Aktionenrecht bei Savigny*, in *Ius Commune* 8 (1979), S. 110-119; DERS., *Aus dem Aktionenrecht der Historischen Schule, besonders bei Savigny*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I, 1978, S. 191-198.

(57) Zur Entwicklung Horst KAUFMANN, *Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens*, in *JZ* 1964, S. 482 ff.; H. DE BOOR, *Gerichtsschutz und Rechtssystem*, 1941, S. 10 ff. Aufschlußreich im Hinblick auf einige unerledigte Streitfragen der modernen Zivilprozeßrechtslehre W. SIMSHÄUSER, *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem und Prozeßrecht seit Savigny*, 1965, S. 71 ff. (zu Windscheid).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

merhin drei (!) der acht Bände von Savignys « System », in denen von der « Verletzung der Rechte » gehandelt wird, großenteils nur noch Stoff für die Prozeßrechtsgeschichte enthalten und als kuriose Überbleibsel eines « überholten » Anspruchsbegriffs erscheinen. Trotzdem zählt manches in diesen Bänden zu den « Höhepunkt(en) in Savignys Lebenswerk » ([58]), und es darf wohl auch gefragt werden, ob die Entwicklung zum materiellrechtlichen Anspruchsbegriff wirklich eine nicht mehr umkehrbare geschichtliche Notwendigkeit ist. Jedenfalls ist die ältere Lehre von der Verjährung der Klagen in manchen Punkten der « Anspruchsverjährung » des BGB überlegen: Daß etwa die Verjährung eines Klagrechts erst durch Klageerhebung unterbrochen werden kann, erscheint selbstverständlich ([59]), während die Verjährung eines « Anspruchs » eigentlich schon durch schlichte außerprozessuale Geltendmachung unterbrochen werden müßte (was aber eben nicht der Fall ist: §§ 208, 209 BGB); daß ein mit « Verletzung der Rechte » durch Verweigerung der fälligen Leistung entstehendes Klagerecht erst ab Fälligkeit verjährt ([60]), ist ebenso selbstverständlich, während der materiellrechtliche Anspruch entgegen § 202 BGB eigentlich schon vorher verjähren müßte. Auch in diesem Fall erweist sich Savignys Rang als Dogmatiker weniger in seiner Wirkung auf das BGB und die gemeinrechtliche Doktrin als in der inneren Konsequenz seiner Lehren.

Im Ganzen zeigen aber die eben angestellten, notwendigerweise ganz unvollständigen Überlegungen, daß man Savignys *Einfluß* auf die allgemeinen Lehren des Privatrechts nicht überschätzen sollte. Die Fälle, in denen sich Savigny mit einer bedeutsamen, von ihm neu entwickelten Lehre durchgesetzt hat, wie bei den abstrakten Verträgen, zum Teil beim Irrtum, bei der juristischen Person und bei der (nicht in den Allgemeinen Teil gehörenden) ungerechtfertigten Bereicherung, sind vergleichsweise selten. In anderen Fällen hat Savigny nur die natur- oder ältere gemeinrechtliche Lehre aufgenommen oder weiterentwickelt und damit noch das BGB erreicht, wie bei der Stellvertretung, beim formalen Körperschaftsbegriff, bei der Abgrenzung der subjektiven Rechte von den bloßen Persönlichkeitsgütern, in wieder anderen Fällen hat die Lehre des späten 19. Jahrhunderts schon die Savignysche Auffassung verlassen, wie zum Teil bei den natürlichen Personen, bei der Entstehung juristischer Personen, bei der Gesetzesumgehung, bei der Bedingung, beim Anspruch. Zuweilen wird Savignys Lehre auch dort, wo das BGB sie noch übernimmt, von der

---

([58]) So K. W. Nörr, *Ius Commune* 8, S. 116 (zur Rechtskraftlehre). Siehe dazu H. F. Gaul, *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre bei Savigny und der heutige Stand*, in *Festschrift Flume* I (wie Fn. 56), S. 443-525 (447 ff.).

([59]) *System* V (Fn. 22), S. 265: Verjährung ist definitionsgemäß die Aufhebung eines Klagrechts dadurch, « daß der Klagberechtigte dasselbe innerhalb eines gewissen Zeitraums auszuüben unterläßt ».

([60]) *System* V (Fn. 22), S. 281, 287. Vgl. K. W. Nörr, *Ius Commune* 8, S. 113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

späteren Entwicklung überholt, wie beim Körperschaftsbegriff und beim Persönlichkeitsrecht, zuweilen wird sie allerdings (gegen das BGB) in der Gegenwart auch wieder aufgenommen, wie bei der sittenwidrigen Testamentsbedingung. Zusammenfassend muß man wohl sagen: Ein überwältigender Einfluß Savignys auf die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts im späten 19. Jahrhundert und ihre Ausprägung im deutschen BGB läßt sich nicht feststellen. Daran ändert es auch nichts, wenn man darauf hinweist, daß Savigny doch jedenfalls mit seinen rechtspolitischen Grundentscheidungen für Privatautonomie, Rechtsgleichheit und Freiheit des Rechtsverkehrs bahnbrechend für das bürgerlich liberale Privatrecht geworden sei ([61]). Denn diese Grundpositionen haben ja doch nur so viel Gewicht, wie sie bis ins Detail durchgehalten werden, und wenn Savigny auch etwa in der Lehre von der Stellvertretung, von der Abstraktheit des dinglichen Rechtsgeschäfts und vom subjektiven Recht liberal und verkehrsfreundlich sein mag (und auch nicht immer als erster), so ist er es eben nicht bei der Durchführung der allgemeinen Rechtsfähigkeit, bei der Entstehung juristischer Personen und bei der Respektierung des Parteiwillens im Falle der Gesetzesumgehung; er ist es wohl auch nicht bei der Behandlung des Klagrechts, wenn dieses nicht als Erweiterung der materiellen Rechtsmacht des Individuums, sondern nur als Reflex des objektiven Prozeßrechts erscheint, und bei der jedenfalls formalen Zurücksetzung der natürlichen Persönlichkeitsgüter hinter die erworbenen Rechte. Diese Feststellungen sollten ein wenig davor warnen, dogmen- und methodengeschichtliche Entwicklungen der letzten beiden Jahrhunderte allzu sehr sub specie Savigny zu betrachten; sie nehmen dem Thema Savigny aber sicherlich nichts von seiner Anziehungskraft.

([61]) Vgl. — mit im einzelnen sehr unterschiedlicher Akzentuierung — z.B.: P. CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni Fiorentini* 9, (1980), S. 69 ff. (besonders 96 ff.: Savignys « System » ersetzt eine liberale, bürgerliche Kodifikation); F. WIEACKER (Fn.4), S. 397 f., 441 f. (« abstraktes Privatrecht und seine Privatautonomie » ist ein Produkt der Pandektenwissenschaft und Savignys; allerdings Vorbehalte wegen Savignys Betonung der Institution); R. WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft* (*Recht*), 1968, S. 178-180 (Savignys Lehre führt zum « formal-liberalen bürgerlichen Rechtsstaat », der auch das Modell des BGB ist); H. KIEFNER, *Thibaut und Savigny. Bemerkungen zum Kodifikationsstreit*, in *Festschrift für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag*, 1983, S. 53-85 (76: Savigny entwickelt bürgerliche Privatrechtslehren und zwar schon lange vor 1840); H. COING, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem* (1963), in DERS., *Ges. Aufsätze* I (Fn. 51), S. 298 (heutiges privatrechtliches System mit Freiheit des Einzelnen, Privatautonomie und Eigentum beruht « insbesondere auf Savignys System des heutigen römischen Rechts »). Zusammenfassend unter der Fragestellung, inwieweit zwischen Thibaut und Savigny ein politischer Gegensatz bestanden habe, jetzt J. RÜCKERT (Fn. 1), S. 160 ff. (besonders S. 182 ff.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SEGNALAZIONI

Un messaggio per la cultura giuridica europea.

Attentissimo lettore dei molti saggi che, negli ultimi venti anni, Donald R. Kelley ha dedicato alla storia della giurisprudenza occidentale (incentrando il suo sguardo soprattutto sul Cinquecento francese [1]), ho tuttavia sempre lamentato in cuor mio che essi si presentassero non facilmente reperibili per lo studioso europeo, collocati come sono — prevalentemente — nelle più sparse e varie Riviste scientifiche nord-americane. Non posso oggi, pertanto, che rallegrarmi per l'iniziativa opportunissima di un editore londinese di raccoglierne quindici in un armonico volume comodamente consultabile da chiunque (Donald R. KELLEY, *History, Law and the Human Sciences - Medieval and Renaissance Perspectives*, London, Variorum Reprints, 1984).

Quindici soltanto, e non una collettanea generale, perché così ha voluto l'Autore sensibile più alla esigenza di rispettare «a certain coherence and constancy of direction» [2], che non alla narcisistica compiacenza di accrescere le pagine del volume. Questo torna a onore di Kelley, come gli torna a onore aver concepito il *reprint* collettivo soltanto quale perfezione di un progetto culturale realizzato in tempi e luoghi diversi ma unitariamente pensato. Ciò che si vuol sottolineare in questa necessariamente breve segnalazione è infatti proprio il sottofondo speculativo che sorregge tutto l'impianto; pregio indubbio — e segno del carattere progettuale — del lavoro di Kelley in questi lunghi venti anni; pregio singolare, se consideriamo che quest'opera si colloca in un orizzonte squisitamente storiografico e se la compariamo con la povertà speculativa di tante ricerche storiografiche su identico oggetto.

Filo conduttore sotterraneo di tutta la raccolta, perennemente tesa nella dialettica fra attenzione allo «historical context» e alla «conceptual continuity», è la convinzione del ruolo giocato dalla scienza

---

(1) Accanto ai saggi sparsi va almeno ricordato il volume: *François Hotman - A revolutionary's ordeal*, Princeton, 1973.

(2) È in nome di questa che non vi troviamo riprodotti saggi di storia della giurisprudenza, la cui omissione potrebbe apparire ingiustificata a un lettore disattento (come per diversi saggi ricompresi in una raccolta precedente: *Foundations of modern historical scholarship - Language, law and history in the french renaissance*, New York - London, 1970.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridica ben al di là del tessuto delle pur rilevanti orditure tecniche. In nome dell'indubbio primato epistemologico conferito al diritto (o, per meglio dire, conquistato dal diritto) nelle culture classica, medievale e rinascimentale; in nome di una presenza viva e sollecitante del ceto dei giuristi all'interno della società e delle istituzioni almeno fino a tutto il Cinquecento, si individua nel « romanoid legal thought » una sorta di archetipo della cultura moderna e nelle sue costruzioni, talune visibili, talaltre invisibili, l'incunabolo di quella cultura. Si badi però: non una preistoria funzionalmente scissa, croce e delizia del semplice erudito, ma un istrumentario dall'enorme valore interpretativo per tutta la cultura del presente. Un esempio senza ombre è Max Weber, la cui robusta ossatura speculativa si fonda, e per buona parte si motiva, sulla sua originaria formazione di storico del diritto, nella lettura attenta della giurisprudenza classica e delle strutture giuridiche medievali. « The ' philosophical significance ' of jurisprudence » è una espressione, che in bocca a Kelley acquista una doppia valenza; non vuole tanto puntualizzare il tessuto filosofico di cui si nutrono le sistemazioni dei giuristi, il *systema iuris* ([3]), quanto il profondo significato di quelle sistemazioni per la costruzione di « modern cultural philosophies ».

Questo libro sia il benvenuto, anche se il suo messaggio è complesso per il giurista e per lo storico del diritto europei: per il giurista è un invito alla fiducia nella *jurisprudentia*, ossia alla fiducia in se stesso, nella propria opera, nella incisività storica di questa; il passato svela infatti al giurista di oggi, appartato deluso e frustrato dalle pseudo-conquiste dello Stato di diritto, che l'analisi giuridica e una officina laboriosa di giuristi sono non solo alle radici del diritto e dello Stato moderni, ma della stessa cultura moderna; per lo storico del diritto questo libro reca invece un messaggio che mi sembra vicino al rimprovero (ovviamente implicito, visto che Kelley ha il buon gusto di non incorrere mai in un dettato didascalico). Ed è che il vero volto storico della *jurisprudentia* è offerto da un'indagine che deve andare oltre — e più addentro — al pur necessario approccio filologico, nell'intimo della costruzione giuridica, dove il giurista mescola idealità, ideologie, sapienza tecnica, dove continuità di schemi concettuali e continue variazioni degli approcci storici si fondono in una azione intellettuale sempre gremita di futuri coinvolgimenti in un raggio insospettatamente largo. Unicamente a questo livello può attingersi la compiuta storicizzazione di un patrimonio del passato troppo spesso apparso di ri-

---

([3]) Esemplare ci sembra la grossa — quantitativamente e qualitativamente grossa — opera che Paolo Cappellini ha testé pubblicato presso l'editore Giuffrè, in due complessi e solidi volumi. Cfr. P. CAPPELLINI, *Systema iuris*: I. *Genesi del sistema e nascita della ' scienza ' delle Pandette*, Milano 1984, e II. *Dal sistema alla teoria generale*, Milano, 1985, con un filo conduttore che guida l'interprete, non dissimile da quello di Kelley ora segnalato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dotta incisività soltanto per i difetti d'analisi dello storico del diritto che non ha saputo leggervi la cifra scritta appena sotto la corteccia superficiale.

Ecco perché questo libro di Donald Kelley, sorretto dalla esigenza di leggere i giuristi in modo nuovo, con occhiali nuovi, appare nello stesso tempo messaggio e monito per la attuale cultura giuridica europea. Un messaggio e un monito, che piovono sulle nostre spalle troppo ricurve addirittura da Oltreatlantico, da un esponente della — per vero non sempre edificante — intelligenza nord-americana. E il rimprovero brucia di più sulla nostra pelle.

P.G.

Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea.

La collana *Ius Nostrum*, inaugurata trent'anni fa con la *Tortura* del nostro Piero Fiorelli, inizia la seconda serie delle sue pubblicazioni con la monumentale raccolta degli scritti minori (tali, al solito, solo per mole; diciamo: pagine non comparse in forma di libro) di Guido Astuti e dedicati alla Sua memoria (Guido ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea,* raccolta di scritti a cura di Giovanni DIURNI, *Prefazione di* Giovanni CASSANDRO, « Ius Nostrum », Studi e testi pubblicati dall'Istituto di Storia del Diritto italiano dell'Università di Roma, 2ª serie, n. 1, 3 voll. (I pp. I-XL+1-580; II pp. 581-1332; III pp. 1333-2320), Roma, 1984).

È un'occasione imponente e preziosa per ripercorrere, non solo l'itinerario d'un protagonista della nostra più recente storiografia giuridica, ma anche per tentare un bilancio non del tutto provvisorio della strada percorsa e di quella che sta ancora davanti a noi e a chi verrà dopo di noi.

La raccolta è divisa in cinque sezioni: la prima dedicata alla *Storia delle fonti e della giurisprudenza* (pp. 1-580); la seconda alla *Storia della legislazione e del diritto pubblico* (pp. 583-965); la terza alla *Storia del diritto privato* (pp. 969-1331); la quarta alla *Storia del diritto commerciale e dell'organizzazione mercantile* (pp. 1335-1663); la quinta, infine, che riproduce le più cospicue fra le molte *Voci di Enciclopedia* (pp. 1667-2200) che l'Astuti scrisse.

Recensire una simile raccolta non avrebbe gran senso; ha senso, invece, coglier l'occasione per tentar quel bilancio di cui or ora dicevamo: contiamo di farlo in questi mesi, per darne poi conto ai Lettori del prossimo *Quaderno*.

È stato (giustamente) scritto, nella *Premessa* di questa raccolta, che « il dialogo fra giurisprudenza e storiografia è costante nella cultura italiana, ma nel nostro secolo ha raggiunto gradi altissimi di in-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tensità e incisività, caratterizzando così la coscienza che il giurista italiano ha del suo operare, come la consapevolezza che lo storico acquista del suo indagare ». Se questo è vero, proprio su quest'effemeride, che programmaticamente s'inaugurò offrendosi come 'luogo' d'un « *colloquio tra i giuristi* », è necessario fermarsi con tutta calma a ragionare di queste pagine e del loro Autore. Queste poche righe valgano solamente, quasi a futura memoria, come doverosa segnalazione e come — speriamo — *promissio boni viri*.

UMBERTO SANTARELLI

© 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 1984

Nel passato anno accademico il Centro ha avuto quali graditi ospiti alcuni prestigiosi Colleghi stranieri, che hanno privilegiato la nostra Istituzione per soggiorni di studio e ricerca in Italia: nel mese di novembre, il prof. Julius KIRSCHNER, Ordinario di Storia del Medioevo e del Rinascimento nella Università di Chicago; nel mese di maggio il prof. Klaus LUIG, Ordinario di Storia del diritto nella Università di Köln; nel mese di giugno il prof. Claes PETERSON, Ordinario di Storia del diritto nella Università di Stockholm.

Nell'ambito del Corso di dottorato in Storia del diritto moderno sono stati tenuti presso il Centro, nella scorsa primavera, i Seminarii del prof. Ugo PETRONIO, della Università di Roma I, su « L'emersione dell'idea di Codice », e del prof. Paolo GROSSI, della Università di Firenze, su « Codificazioni ottocentesche e diritto privato ».

Si è dato infine, nell'autunno 1984, concreto inizio alla organizzazione del Congresso internazionale di studio promosso dal Centro per l'aprile 1985. Non sarà inutile, per una maggiore informazione del lettore, trascrivere qui di seguito il testo del primo annuncio-invito spedito ai Colleghi più interessati:

« Caro Collega,

sono lieto di informarti che il nostro Centro sta organizzando nei giorni *26 e 27 aprile 1985* un Incontro internazionale di studio, che ha per tema: *Storia sociale e dimensione giuridica - Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro* ».

L'incontro nasce dalla constatazione dello scarso rilievo che la dimensione giuridica della realtà sociale ha per una fondamentale corrente di pensiero storiografico — la 'nouvelle histoire' francese — e dalla esigenza di tentar di chiarire in un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

colloquio aperto e approfondito le motivazioni di una simile visione riduttiva, gli eventuali fraintendimenti che possono sottostare all'atteggiamento dei ' non-giuristi ', le eventuali responsabilità culturali dei ' giuristi '. La domanda che noi storici del diritto sentiamo infatti, da tempo, di porre ai Colleghi della ' nouvelle histoire ' è la seguente: perché, all'interno di una intensa sensibilità per la visione interdisciplinare — una visione che porta alla meritoria valorizzazione dell'economia, della statistica, dell'etnologia e finanche delle scienze naturali —, perché una così scarsa attenzione per la dimensione giuridica? In ogni modo, qual'è lo spazio che la ' nouvelle histoire ' assegna al diritto nella sua metodologia apertamente interdisciplinare?

Jacques Le Goff ha accettato di tenere la relazione generale introduttiva. Da parte italiana, saranno relatori: Cinzio Violante, Ordinario di Storia medievale all'Università di Pisa, studioso la cui ampia e complessa produzione scientifica segnala una vocazione sentita per la ricerca interdisciplinare; Mario Sbriccoli, Ordinario di Storia del diritto italiano all'Università di Macerata, che ha dimostrato nel suo recente itinerario di studio una grossa sensibilità per i temi e per i canoni ermeneutici proposti dalle ' Annales '. Hanno assicurato la loro partecipazione Colleghi francesi, spagnoli e tedeschi.

Accanto alle relazioni, momento centrale dell'Incontro sarà la discussione, nella quale speriamo coinvolti con interventi specifici molti studiosi. L'Incontro non ha binari obbligati e vuole essere soprattutto occasione per una riflessione comune. Il titolo, volutamente generico, dimostra che il colloquio con la ' nouvelle histoire ' è senz'altro parte rilevante dell'Incontro ma non lo esaurisce.

In attesa di farti avere all'inizio della prossima primavera il programma dettagliato delle due giornate di lavori, mi permetto inviarti questo generico avviso ed invito; ove tu desiderassi essere presente all'Incontro e magari partecipare attivamente, sei pregato di segnalarcelo per consentirci una più efficace organizzazione.

La Segreteria del Centro è a disposizione di tutti gli interessati (ogni mattina dalle ore 8 alle ore 13; tel. 055/49.90.84).

Un saluto cordialissimo. »

P. G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

PAOLO GROSSI, *Pagina introduttiva* VII

STORIA E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

a cura di Alberto Febbrajo

ALBERTO FEBBRAJO, *Prefazione* 3

ALBERTO FEBBRAJO, *Sociologia e antropologia del diritto* 7

LEOPOLD POSPISIL, *Law* 23

WILBERT E. MOORE - JOYCE STERLING, *The Comparison of Legal Systems: a Critique* 77

PAUL H. STAHL, *La consanguinité fictive* 121

RÜDIGER SCHOTT, *A Case of Living Law - Traditional and Modern Jurisdiction among the Bulsa in Northern Ghana* 149

SANDRA BURMAN, *Legislation for Social Change in a ' multi-cultural ' Society* 173

LA DIMENSIONE GIURIDICA

PIERO BELLINI, *Temi di diritto pubblico ecclesiastico nel pensiero di Antonio Rosmini* 199

CLOVIS DO COUTO E SILVA, *Contribution à une histoire des concepts dans le droit civil et dans la procedure civile (L'actualité de la pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow)* 243

FIGURE DELL'ESPERIENZA

THOMAS KUEHN, *Conflicting Conceptions of Property in Quattrocento Florence - A Dispute over Ownership in 1425-26* 303

PAOLO GROSSI, *' Gradus in dominio ' - Zasius e la teorica del dominio diviso* 373

PAOLO GROSSI, *Un paradiso per Pothier - Robert-Joseph Pothier e la proprietà ' moderna '* 401

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LETTURE

pag.

B. BINDER, *Otto Bähr (1817-1895). Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis* (M. Stolleis) 459

M. FROMMEL, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser* (G. Orrù) 461

Geschichtliche Grundbegriffe - Historisches Lexicon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland (H. P. Benöhr) 473

E. V. HEYEN, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft* (D. Grimm) 490

L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo* (P. Costa) 494

G. SCHMITZ, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung* (M. Losano) 498

A PROPOSITO DI ...

GIAN MARIO CAZZANIGA, *Un dibattito sulle forme storiche di proprietà* . . 507

GABRIELE CRESPI REGHIZZI, *La storia del diritto cinese in un manuale per l'insegnamento* 529

MAURIZIO FIORAVANTI, *Costituzione, Governo e Classe politica* 561

PAOLO GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica* 587

KLAUS LUIG, *Bestätigung durch Rechtsgeschichte* 601

JAN SCHRÖDER, *Zum Einfluss Savignys auf den allgemeinen Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* 619

Segnalazioni 635

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del ' Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno ' nell'anno accademico 1984 641

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del quattordicesimo « Quaderno »

Alberto FEBBRAJO
Prof. Ordinario di Sociologia del diritto - Università di Macerata

Leopold POSPISIL
Professor of Anthropology of Law - Yale University

Wilbert E. MOORE
Professor of Law - University of Denver

Joyce S. STERLING
Associate Professor of Law - University of Denver

Paul H. STAHL
Maître de recherches - École des Hautes Études en Sciences Sociales (Paris)

Rüdiger SCHOTT
Direktor des Seminars für Völkerkunde - Universität Münster

Sandra BURMAN
Research Fellow - Queen Elisabeth House (Oxford)

Piero BELLINI
Prof. Ordinario di Storia del diritto canonico - Università di Roma I

Clovis do COUTO E SILVA
Catedrático de Direito civil - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Thomas KUEHN
Associate Professor of History - Clemson University

Paolo GROSSI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Michael STOLLEIS
Ord. Professor für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte - Universität Frankfurt am Main

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Giovanni ORRÙ
Prof. Associato di Filosofia del diritto - Università di Trento

Hans-Peter BENÖHR
Ord. Professor für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte - Universität Wien

Dieter GRIMM
Ord. Prof. für Öffentliches Recht und Rechtsgeschichte - Universität Bielefeld

Pietro COSTA
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Mario G. LOSANO
Prof. Associato di Teoria generale del diritto - Università statale di Milano

Gian Mario CAZZANIGA
Prof. Associato di Filosofia morale - Università di Urbino

Gabriele CRESPI REGHIZZI
Prof. Ordinario di Diritto privato comparato - Università di Pavia

Maurizio FIORAVANTI
Prof. Ordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Klaus LUIG
Ord. Professor für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte - Universität Köln

Jan SCHRÖDER
Professor für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte - Ruhr-Universität Bochum

Umberto SANTARELLI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Pisa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano