

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

17
(1988)



giuffrè editore milano

ISBN 88-14-01652-6

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

(1988) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

PAGINA INTRODUTTIVA

I - Di questo ricco Quaderno il Redattore non è qui a illustrare i pregi né a tentare una sorta di iniziazione alla lettura. Vuol limitarsi soltanto a sottolineare due dati emergenti, che hanno ai suoi occhi un rilievo non minimo.

Il primo è che nel presente volume ritorna una partizione che è tradizionale ai Quaderni, e ritorna in tutta la sua articolazione. Pur facendo propria una nozione di ‘ pensiero giuridico ’ intesa nella sua specificità (e lo stanno a dimostrare gli ‘ appunti ’ per la relativa ‘ voce ’ d’enciclopedia redatti dallo scrivente e qui pubblicati), i Quaderni — fedeli al programma primitivo che punta sull’autonomia del giuridico, ma pretende di verificarla senza sosta guardando sempre anche al di là — sentono il bisogno di misurarsi con altre ‘ dimensioni ’, entrare in contatto con altri ‘ modelli ’: è esemplare di questa esigenza il saggio di Paul Silverman su Max Weber, che ripropone una lettura singolare di uno dei mentori della cultura moderna più suadenti e incisivi anche in questo attuale tornante.

Il secondo è una significativa presenza di giuspubblicisti e un fitto dialogo che si svolge con loro: Mario Nigro pubblica qui la sua felicissima rimediazione di uno dei più pensosi amministrativisti italiani contemporanei, Giovanni Miele, un Maestro vivente che ha per decenni onorato la cattedra fiorentina di Diritto amministrativo e che, in quest’anno 1988, è stato festeggiato dalla sua Università nell’occasione della stampa della raccolta generale dei suoi scritti minori; Andrea Orsi Battaglini, amministrativista anche lui, ci affida la sua introduzione ai lavori di un ‘ incontro ’ culturale di giovani amministrativisti italiani dedicato a discutere i volumi di tre storici del diritto (1); Maurizio Fioravanti, storico del diritto,

(1) Più precisamente, si tratta di: ‘ Giuristi e costituzione politica nell’Ottocento tedesco ’ (1979) di Maurizio Fioravanti, ‘ Giustizia e amministrazione nell’Italia

recensisce un volume dell'amministrativista Alberto Massera dove alla dimensione storico-giuridica si dà un ampio e autonomo spazio. Si aggiungano alcune pagine dello scrivente a proposito di un Convegno organizzato da un intelligente pubblicista, Giorgio Berti, Convegno portatore, nella scelta del tema e nella impostazione culturale, di una sensibilità affatto nuova nel territorio della giuristica italiana e pertanto segnalabile e apprezzabile dallo storico proprio come segno di un sotterraneo movimento emergente.

Il colloquio con i giuspubblicisti e il fitto reciproco scambio di arricchimenti non è nuovo; nella nostra esperienza, risale alle origini di questa Rivista, al primo volume che ospitò un non dimenticabile studio romaniano di Sabino Cassese ⁽²⁾, al secondo che ristampò con una postilla 1973 il classico saggio di Massimo Severo Giannini ⁽³⁾ sull'itinerario della scienza del diritto amministrativo, insieme a saggi storiografici di Mortati, Nigro, Galizia ⁽⁴⁾. Come diremo anche più avanti ⁽⁵⁾, il cultore del diritto pubblico, assai meno plagiato da una bimillenaria cultura romanistica — preziosa, affinatissima ma estenuante ed estenuata —, non ipotecato da quell'evento decisivo che fu la Codificazione e soprattutto dalla cultura ad essa conseguente con le sue imbavagliature esegetiche per il giurista, affrancato anche in grazia del contatto con un realtà istituzionale e sociale per sua natura plastica e mutevole, immerso in un diritto vigente che è venuto — in Italia — a identificarsi con una continuità non interrotta di più di cent'anni dove il positivo e la storia, la rigidità della norma autoritaria e il relativo del divenire sociale, si sposano e si integrano in una vicenda singolare e irripetibile, è un personaggio culturalmente disinvolto, ed è interlocutore privilegiato dello storico (egli stesso «avanti di ogni cosa, storico delle istituzioni», come

liberale — La formazione della nozione di interesse legittimo ' (1985) di Bernardo Sordi; ' Lo Stato immaginario — Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento ' (1986) di Pietro Costa.

⁽²⁾ *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano* (Q.F., I, (1972), p. 243 ss.).

⁽³⁾ *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (Q.F., II (1973), p. 179 ss.).

⁽⁴⁾ Anzi, tutta la parte seconda del Quaderno — rivolta a ' La dimensione giuridica ' — ebbe, per quell'anno, come sottotitolo unitario e specifico: ' Lungo l'itinerario della moderna giuspubblicistica '.

⁽⁵⁾ Cfr. a p. 519.

addirittura annota Nigro nel saggio sopra ricordato ⁽⁶⁾. Più d'ogni altro giurista, il giuspubblicista è accomunato allo storico dalla comune capacità di percepire la linea del divenire e di inserirvi e relativizzarvi il presente. Come lo storico, è anche lui alla ricerca di segni e sa vedere nel piattume del quotidiano radici e presagi. Sotto questo profilo è esemplare la sensibilità dimostrata da Berti proponendo a tema del suo Convegno milanese il rapporto normazione-interpretazione e cercando di affrontarlo senza prevenzioni, con un atteggiamento conoscitivo affrancato da vecchi e oggi invecchiati trascorsi, finalmente libero da plagi culturali. L'insieme di quegli 'Atti' sono parsi a chi scrive — in quanto professionalmente storico del diritto — un segnale assai squillante dell'esigenza da tempo auspicata di riesaminare dalle fondamenta ma soprattutto con occhi nuovi e con una sorta di nudità culturale, gettando spiritualmente al macero duecento anni di esercitazioni monomaniache, il problema della *interpretatio juris* e, conseguentemente, anche, all'interno dello Stato di diritto, il ruolo del giurista: oggi, infatti, l'esegesi si addice a costui come un vestito infantile a un soggetto ormai adulto.

II - Una parte non minima di questo 'Quaderno' è dedicata purtroppo a parlare di alcune dolorose scomparse nel novero degli amici e dei collaboratori: il 20 aprile 1987 è avvenuta quella di Giovanni Tarello, il 15 febbraio 1988 quella di Anna Maria Battista, il 16 aprile, ancora, quella di Roberto Ruffilli; tutte e tre da segnare intensamente su queste pagine. Una Rivista scientifica è precisamente l'opposto di un obituario perché esprime la ricerca nel suo divenire vitale, ma non può rinunciare alla sosta della memoria, che non è un arresto bensì un momento intenso di riflessione nel rivivere certe singole e singolari vicende intellettuali che si sono incontrate con l'itinerario della Rivista stessa. Rinunciarvi sarebbe come evitare insensatamente di raccogliere segni preziosi e trasmetterli; e ognuno sa che lo storico è, come sopra si accennava, un ricercatore e individuatore di segni, ne ha un disperato bisogno per fissare il senso del suo cammino. Di Giovanni Tarello, personaggio complesso che

⁽⁶⁾ «il pubblicista, che è avanti di ogni cosa... storico delle istituzioni così come gli ordinamenti nelle trasformazioni delle società di cui esse sono espressioni, le conformano incessantemente» (M. NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele*, infra, p. 272).

dal suo nido genovese ha avviato uomini e iniziative che abbiamo sentito e sentiamo procedere con amicizia accanto al nostro Centro fiorentino, ho avvertito io, personalmente, il bisogno di dir qualcosa, con modestia di intenti ma con grande schiettezza di voce. Anna Maria Battista, storica del pensiero politico, volle affidare, nel 1981, a questi Quaderni un assai felice saggio tocquevilliano; la morte, interrompendo la sua ricerca, ha deluso la nostra attesa di un nuovo saggio sul problema del diritto amministrativo nello stesso Tocqueville e impedito ad Anna Maria di adempiere una promessa alla quale Ella, amica fra le più care e vicine, per prima teneva sinceramente. Di Lei, che insieme a intelligenza e cultura ben visibili nella sua opera scientifica fu portatrice di uno stile personalissimo, ha scritto Enrico Mazza ripensandola soprattutto sotto questo singolare profilo. Infine Roberto Ruffilli, ricordato da Cesare Mozzarelli, che Gli fu sodale prossimo nella vita e nella accademia, ma su cui non possiamo non sostare più a lungo in queste righe introduttive. Ruffilli, storico delle istituzioni munito di forte preparazione giuridica e attentissimo alla dimensione giuridica, fu tra i collaboratori del primo volume ed oggi è tra i collaboratori di quest'ultimo con un saggio che Egli ci propose spontaneamente di pubblicare sui Quaderni (serbiamo di Lui alcune lettere simpaticissime): un itinerario di diciassette anni di vita della nostra Rivista che si apre e si chiude con il Suo nome. Negli ultimi tempi aveva lasciato la Sua cattedra nella Facoltà bolognese di Scienze Politiche per ricoprire un posto autorevole nel Senato della Repubblica e per svolgere nell'ambito di un grande partito nazionale, una delicata funzione di esperto per quella riforma delle istituzioni di cui si parla da tanto tempo, di cui c'è gran bisogno nel nostro paese, ma a cui l'ottusità e l'insensibilità dei partiti politici non ha mai posto mano. La presenza di Ruffilli suonava stonata tra i nostri grossolani e protervi operatori della politica ed è interpretabile come un atto di generosità suicida, giacché, oggi, per un uomo di cultura soltanto un interesse perverso o un utopistico moto generoso può renderlo disponibile ai grotteschi apparati partitici. Senza alcun dubbio la scelta di Ruffilli rientra in questa seconda ipotesi: storico delle istituzioni, con la ricchezza di chi ha scrutato la vita del passato ricolma di valori proprio perché interamente compiuta nella pienezza del proprio messaggio, consapevole — come storico — di radici riposte ma anche

di un divenire proiettato verso il futuro e che coinvolge sempre anche il futuro, si era accinto a dare — però sempre da intellettuale e a titolo provvisorio — il suo contributo di operaio competente e di uomo di buona volontà per adeguare l'assetto istituzionale italiano al tornante storico attuale, che ci è contemporaneo, che viviamo e interpretiamo troppo spesso come un frammento fuori del tempo, ma che, non per questo, è meno storico e meno carico di storiche relatività. Una insensata abbiezione, che si sarebbe sperato spenta per sempre, ha interrotto la Sua operosità e ci ha sottratto un amico fedele; ha sottratto ai Quaderni un lettore attento e un collaboratore intelligente. Ho sul mio tavolo una lettera del 25 marzo 1988, scritta restituendomi le prime bozze corrette del saggio minghettiano, una delle Sue ultime lettere, nella quale — replicando a una mia precedente in cui insistevo perché fosse garantita, così come è nel testo mai realizzato della Costituzione del '48, in seno all'erigendo Ministero della Ricerca scientifica, una maggiore autonomia per le Università rispetto ai pesanti apparati ministeriali — mi assicurava tutto il suo impegno per la creazione di una Università veramente autonoma. Il Suo progetto è restato monco e la vita politica italiana, perdendo quest'uomo candido che portava l'utopia dei suoi studi nell'operazione di riforma dello Stato, si è indubbiamente impoverita. Più poveri ci sentiamo anche noi, giacché al di là dell'amico eccellente si è perduto un interlocutore acuto e vigile: presto — ne sono sicuro — sarebbe ritornato all'esercizio dell'insegnamento e alla pienezza della ricerca (7), e il filo teso tra Firenze e la nicchia appartata della Sua Forlì — dove era nato e dove continuava pervicacemente a risiedere — avrebbe ripreso lo spessore di alcuni anni addietro. È amaro contemplare la desolazione di un filo rotto per sempre e pensare con una stretta al cuore che un certo indirizzo forlivese non significa oramai più nulla.

PAOLO GROSSI

(7) Così, significativamente, mi scriveva — da me non sollecitato — il 29 settembre 1987: «ti faccio avere un soggetto, che ho preparato per gli Atti del Convegno bolognese su Minghetti. Mi farebbe molto piacere la pubblicazione anche sui 'Quaderni fiorentini', ove tu lo ritenessi opportuno,....anche per documentare, in una sede prestigiosa, il mio non abbandono degli studi!». Al di là del generoso giudizio verso la nostra Rivista, è marcatissima l'esigenza spirituale di continuare nella ricerca, la pretesa inabdicabile di essere considerato sempre e innanzitutto un ricercatore.

Modelli e dimensioni

PAUL SILVERMAN

THE RESPONSIBILITY OF POWER AND THE
INTERDEPENDENCE OF SCIENCE AND POLITICS IN
THE THOUGHT OF THE YOUNG MAX WEBER

In his pathbreaking study which first appeared in 1959, *Max Weber und die deutsche Politik*, Wolfgang Mommsen presented not simply a comprehensive but also a novel interpretation of Max Weber's lifelong involvement with German politics. Instead of treating this involvement from the vantage point of Weber's scientific works, Mommsen struck out upon what he termed the «opposite path» and sought to portray «the development of Weber the political man in a thoroughly concrete manner by examining his behavior with respect to the current political problems of his time». His hope in so doing was «to gain a secure foundation» that would make possible «an analysis of Max Weber's central political categories on the basis of their substance» as well as an identification of «the historical context of his chief political ideals» (1).

At first glance it might appear odd that in 1959 this approach could have been a novel one. A casual observer might easily conclude that one of the most fruitful ways of investigating Weber's treatment of German political life would be to begin with his encounters with it. At second glance, however, some significant inhibitions that restrained — and to this day doubtless still restrain — many from taking this path become easily discernible. A second glance reveals that Mommsen's approach has startling implications for Weber's thought as a whole. Weber's discussions of politics, as Mommsen points out, were normally informed by a set of «central political

(1) Wolfgang J. MOMMSEN, *Max Weber und die deutsche Politik 1890-1920* (Tübingen, 1959), p. VII.

categories»; in other words, a set of concepts that, taken together, form the foundation of the political sociology that occupies such a crucial position in his mature work. However, if a concern for a particular «substance» prompted the development of these categories, and if this «substance» filtered through the mind of «Weber the political man» before entering the realm of scientific concepts, then two serious difficulties immediately arise. First, the range of applicability of these categories could be limited or even constricted if they are indeed heavily dependent upon particular historical circumstances, a problem that might not have distressed Weber but that must trouble the many Weberians who might thereby find themselves cast adrift. Second, the role of Weber the political man would appear to create a danger that these categories could conflict with a principle that Weber held was fundamental to scientific cognition in general, namely, value neutrality or *Wertfreiheit*.

Of these difficulties it is doubtless the second that has played the greatest role in separating analyses of Weber's politics from those of his scientific works and placing former under the watchful eye of the latter. Given the absence from Weber's nonpolitical writings of glaring value judgements dressed in scientific garb, one seems justified while reading them in taking his well known defense of *Wertfreiheit* at face value, in assuming its relevance to the works at hand, and in regarding his political writings as of secondary importance. The problem with this is that value neutrality has no clearly determined face value in the social sciences and is as uncertain when specified in Weberian terms as in any others.

One can explain this uncertainty in the following way. The core of the doctrine of scientific value neutrality lies in the argument that one cannot logically derive a prescriptive statement from a set of descriptive statements; in other words, that one cannot derive an «ought» from an «is». Weber himself referred to the distinction between *Sein* and *Sollen* as «the most elementary of all antitheses» (2), and to this day all discussions of value neutrality have centered upon it. The problem is that the antithesis is *indeed*

(2) MAX WEBER, *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*, in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3rd ed. (Tübingen, 1968), p. 127, note 1 (this compilation hereafter cited as *GAW*).

an elementary one, so elementary that one can make much less of it than is often imagined. What it entails is a simple point of logic, a rule of correct reasoning. To be sure, it seems to imply the existence of distinct realms of the «is» and the «ought» (although in precisely what sense is something open to endless philosophical debate), but it does not convey any information concerning where the boundary between them might lie, how the two might be constituted, or what the relations, if any, between them might be. In the social sciences, this is no minor point, for here the «ought» is never entirely irrelevant to the «is», and the question of precisely what «is» is, is, of course, a frequent source of acrimony. In fact, depending on the character attributed to these two realms, one can adhere scrupulously to the logic of the «is-ought» argument and, nonetheless, arrive at conclusions that are difficult to reconcile with the spirit that logic.

Herein lies the story of this essay, for violations of the spirit of the argument may well conceal violations of the letter that have their roots in misconceptions about the two realms of being in question and their mutual relations. In any event, they offer an excellent opportunity to search the minds of those who produce them for their understanding of the nature of social reality, and they can also suggest possible answers to the rarely uninteresting question of how far those minds were influenced by extrascientific considerations ranging from anything from minor likes and dislikes to anxiety over the fate of the soul. Nowhere is this more evident than in the case of Max Weber. Weber's fervent defense of value neutrality was directly connected to a belief that this principle could clear the way for the realization of his explosive political passions. This in turn implies that Weber's use of the principle reflects fundamental assumptions about social science and social reality that are intimately associated with political considerations. Whether this association led him into fundamental error is an issue too elusive to confront directly here, but the story of its emergence in the early stages of his intellectual development constitutes a significant step forward in understanding his thought as a whole. It is a step that not only reaffirms the serviceableness of the path broken by Mommsen; it suggests that it may be the path to the definitive biography of Max Weber which still lies so far out of reach.

1. *Conceptual Ambiguities in Weber's Treatment of Science and Politics.*

The place to begin is with a set of interrelated ambiguities that have been identified in Weber's thought. First there is the seemingly discrepant character of his discussion of value neutrality and objectivity in the social sciences. In this discussion Weber held that «an empirical science is incapable of teaching anyone what he *ought* to do, but rather what he *can* and, under certain circumstances, what he *wants* to do (3). But Weber paired this clear-cut affirmation of the value-free character of the social sciences with an equally clear-cut denial of their objectivity. In his words: «there exists no absolutely 'objective' scientific analysis of cultural life or... of 'social phenomena' *independent* of special and 'one sided' points of view according to which these phenomena... are selected as an object of research, analyzed, and organized in the course of exposition (4).

This is a startling claim. Ordinarily what one means by «value-free» is «objective», that is, that objective statements conform with some given object and are not under the sway of the subjective values of those who make them. Weber's curious treatment of objectivity is frequently explained through reference to his supposed depiction of social reality as a meaningless «unordered chaos», a chaos upon which the observer must impose his own intelligible order in the form of ideal types. Because these types are not inherent within the objects studied, an order imposed by means of them cannot be termed objective (5). One can draw this inference

(3) Max WEBER, *Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, in *GAW*, p. 51.

(4) *Ibid.*, p. 170.

(5) Dirk KÄSLER, *Einführung in das Studium Max Webers* (Munich, 1979), p. 181; Friedrich H. TENBRUCK, *Die Genesis der Methodologie Max Webers*, in *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 11 (1959): 601 (this journal hereafter cited as *KZSS*); Gerhard HUFNAGEL, *Kritik als Beruf* (Frankfurt, 1971), p. 211. Instances of the term «chaos» are difficult to locate in Weber's writings on method. What commentators are usually referring to are Weber's frequent remarks concerning the infinite variegation of social phenomena. Infinite variegation can imply «chaos», and Weber's most important

from a number of important statements in Weber's writings, but to do so means to attribute to Weber «a decisionistic arbitrary method» and leads to conclusions difficult to reconcile with the obvious excellence of the works Weber produced when applying the method. Moreover, upon closer examination it becomes clear that Weber recognized a number of «control instances», such as the nature of the object itself and the rules of correct reasoning, that «severely limit the freedom with which concepts and theories may be selected and make this freedom the object of rational deliberation» (6). But while one can find the effects of these control instances in Weber's work, they coexist with statements that, by themselves, allow one to argue that Weber did adhere to an «arbitrary decisionistic method» that clashes with what is normally taken to be the ethos of science.

Recently a significant advance in understanding what lies behind this difficulty has been made through the identification of a «methodological ambivalence» in Weber's thought. This ambivalence was produced by a tension between two distinct strands of argument within his discussion of cognition and concept formation in the social sciences. First Weber adhered to a «conceptual pluralism», or belief in the relative validity of social scientific concepts. Weber took this position, in part, because he was convinced that the infinite complexity of empirical reality precluded the possibility of comprehending it through a closed hierarchy of rational concepts and, in part, because he held that the values and meaning attached to concrete social particulars forced social scientists to emphasize the unique over the general and caught them up in a «value relation» with their object that caused their own

use of the term is made in this connection. However, the «chaos» he refers to is a «chaos of 'existential judgments'» that would result from «the attempt at a serious 'presuppositionless' analysis of reality,» not a chaos within reality itself (Weber, «Die 'Objektivität'», p. 177). For an example of the types of statements used to support the position that Weber conceived of social reality as an «unordered chaos», see Max WEBER, *Agrarverhältnisse im Altertum*, in *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* (Tübingen, 1924), p. 280 (this compilation hereafter cited as GASW), passages from which Käsler infers much. See KÄSLER, *Einführung*, p. 181.

(6) Jürgen KOCKA, *Kontroversen über Max Weber*, in *Neue politische Literatur*, 21 (1976): 289-290.

values to affect both their choice of subject matter and the questions they asked about it (7).

The second strand of argument centers on a «methodological monism», or insistence upon the universal validity of scientific analytic procedures. This was a product of Neo-Kantian influence and involves a distinction between two types of value propositions can possess: «theoretical» or «truth value» and «practical» or «ethical-cultural value». Acceptance of the first «implies that there is a single, self-consistent set of criteria for truth in the empirical sciences that transcends all historical and cultural variations» (8); and because he did accept it, Weber stated flatly that «a systematically correct proof in the social sciences... must be acknowledged as correct even by a Chinese» (9). But sincere as this scientific cosmopolitanism doubtless was, how Weber thought the rules of such a proof could escape the effects of an infinitely complex reality, and the «conceptual pluralism» to which it gave rise, remains an open question.

Now it may be possible to make further progress in dealing with these matters by continuing to approach them in the traditional manner, namely, by treating them in philosophical terms and placing them within the context of an episode in the history of philosophy. It is undeniable that this approach has borne fruit. However, it is also undeniable that Weber was not a philosopher. Indeed, by the time Weber began, to write on method, his formative intellectual experiences lay behind him, and they had transpired in a field of empirical research where political commitment was openly called for and where philosophical influences, while real, were at best diffuse and indirect. That one can make greater progress by looking directly at these experiences is a possibility suggested by a second ambiguity attached to a fundamental feature of Weber's thought.

This time the feature of Weber's thought in question is ethical and political in character, and the ambiguity itself is again associat-

(7) Guy OAKES, *Methodological Ambivalence: The Case of Max Weber*, in *Social Research* 49 (1982): 598-608.

(8) *Ibid.*, pp. 610-611.

(9) *Cited in ibid.*, p. 611. See WEBER, *Die Objektivität*, p. 155.

ed with the doctrine of value neutrality. As is well known, the radical separation of fact from value upon which this doctrine rests gave to Weber's political thought a decisionistic character viewed by many as ominous to say the least. Since he believed that it was impossible to demonstrate the objective validity of any system of values, he was supposedly forced to participate in opening a Pandora's box of demonic forces that have had the direst consequences in the course of this century. It is, to be sure, true that this position on values caused him to see such forces at work in the political realm⁽¹⁰⁾. But while much has been made of this fact, it is less frequently noted that the political and ethical effect of this position on him was at variance with what, for many, the logic behind it seems to imply. Just as his denial of objectivity and his affirmation of a cognitive decisionism in the social sciences hardly led to the creation of arbitrary constructs there, so too his denial of objective validity and affirmation of an affective decisionism in the realm of values did not impel Weber into capricious, arbitrary, or perfidious behavior in the political realm. On the contrary, his political behavior consistently revealed the acceptance of a set of logical and empirical «control instances» that directly paralleled those he respected as a scientist⁽¹¹⁾.

Thus while one cannot disassociate decisionism from Weber's ethical and political thought completely, its more ominous implications seem to have been defused in practice, defused, moreover, by considerations unmistakably associated with the aspect of his thought that reined in the decisionism implied by scientific «conceptual pluralism», namely, «methodological monism». In fact, in both Weber's ethical-political and scientific writings one encounters a tense coexistence of subjective values with objective principles of reasoning and analysis where the two seem to condition and control each other, but where the conceptual bases of that coexistence remain unclear.

This unclarity will remain as long as the parallel is overlooked and one continues to treat Weber's political and scientific writings

⁽¹⁰⁾ Max WEBER, *Politik als Beruf*, in *Gesammelte politische Schriften*, 3rd ed. (Tübinge, 1971), p. 554 (this compilation hereafter cited as *GpS*).

⁽¹¹⁾ KOCKA, *Kontroversen*, p. 286.

as independent entities which possess separate theoretical underpinnings. The truth is that a close bond existed between these writings from the beginning, and this in turn suggests they could easily possess a common foundation that serves to stabilize Weber's thought as a whole. If one wishes to search for this foundation, one must proceed developmentally and reconstruct the process in which the bond between Weber's political and scientific writings was struck. My own reading of the sources suggests that in doing this, one can make the greatest progress by concentrating on a single issue — the responsibility of power. The story thereby told is one that explains much that until now has proven to be quite baffling ⁽¹²⁾.

2. *The Responsibility of Power.*

The tale begins on what is becoming familiar ground, namely, with the reason the objective rules of scientific analysis constrain the decisionism inherent within Weber's political thought. This reason has its roots in Weber's distinction between «two fundamentally distinct and irreconcilably opposed maxims» by which «all ethically oriented action» can be comprehended. The first is the «ethic of responsibility», which maintains that «one is held answerable for the (foreseeable) *consequences* of one's action». The second is the «ethic of ultimate ends», which makes the pureness of an actor's intent or his adherence to a preset system of principles the criterion for determining the goodness of an action; and which, accordingly, enjoins ultimate disregard for the actual consequences of the action ⁽¹³⁾. Weber linked this distinction with the categories of means and ends he used in classifying types of action: the ethic of responsibility was one where responsibility *to* stated ends made the selection of the proper means the actor's fundamental problem; and the ethic of ultimate ends was, in contrast, one where the preservation of ends already possessed *by* the actor as part of his moral being became his only task. Weber himself opted for the

⁽¹²⁾ For a review of the attempts that have been made to relate Weber's politics to his scientific views, see David BEETHAM, *Max Weber and the Theory of Modern Politics*, 2nd ed. (Cambridge, 1985), pp. 25-31.

⁽¹³⁾ WEBER, *Politik als Beruf*, pp. 551-552.

ethic of responsibility, and it was this choice that caused the rules of scientific analysis to mitigate the potential effects of his political decisionism. Science will constrain a responsible decision maker because only science can determine whether the means under consideration are appropriate to the ends in view. Indeed, in a world where one cannot make such determinations, it is impossible to hold actors responsible for their decisions at all ⁽¹⁴⁾.

However, beyond this point one begins to move across less charted terrain. To negotiate it one must ascertain how Weber associated responsibility with that phenomenon without which it has no meaning — the phenomenon of power. In turning to power one must move, directly from the political and ethical to the scientific side of Weber's thought. A maneuver of this sort must create immediate difficulties, for there are few phenomena in the realm of human action that are more slippery or more prone to become the subject of bold assertions than power. Weber's treatment is as complex as any, and, accordingly, one must draw careful distinctions ⁽¹⁵⁾.

In his treatment of power, Weber identified the three fundamental attributes of that phenomenon and skillfully built his theory around them. He recognized that, in its most elementary form, power (*Macht*) is a potency that creates a capacity to achieve some specified end or purpose ⁽¹⁶⁾. He next noted that there is a «special case of power» (*Sonderfall der Macht*) where it becomes refined and socialized into a property of a reciprocal relationship that he termed «domination» or «*Herrschaft*» ⁽¹⁷⁾. Finally, because Weber realized

⁽¹⁴⁾ Wolfgang SCHLUCHTER, *Value-Neutrality and the Ethic of Responsibility*, in *Max Weber's Vision of History*, eds. Guenther Roth and Wolfgang Schluchter (Berkeley, 1979), pp. 83, 91; René KÖNIG, *Einige Überlegungen zur Frage der «Werturteilsfreiheit» bei Max Weber*, in *KZSS* 16 (1964): 21-24; BEETHAM, *Max Weber*, pp. 22-25.

⁽¹⁵⁾ I follow here the masterful analysis found in Leonard KRIEGER, *Power and Responsibility*, in *The Responsibility of Power*, eds. Leonard Krieger and Fritz Stern (Garden City, 1969), pp. 4-9 and *PASSIM*.

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 5. Weber's definition ran: «*Macht* means any prospect that within a social relationship one will be able, even in the face of resistance, to carry out one's will, regardless of what this prospect rests on» (Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5th ed [Tübingen, 1980], p. 28).

⁽¹⁷⁾ WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 541; KRIEGER, *Power and Responsibility*, pp. 8-9. See also Steven LUKES, *Power and Authority*, in *A History of Sociological*

that domination normally required the validating element of legitimacy, he recognized that power's «not-yet-existent potentiality... transcends the temporal dimension of physical acts and effects»; that, compared to coercion and violence, power is «a more inclusive reality whose center of gravity lies in the spiritual, moral, and legal arenas» (18).

Such a mix of properties must create complications for any ethic that tries to explain the relationship between power and responsibility or the responsibility of power, and Weber's case was no exception. From a purely logical standpoint, two basic types of relationships seem possible. On the one hand, if power «is considered a real instrument and the responsibility for its use is measured by reference to a whole set of ends independent of it», then the responsibility of power will involve the responsibility that power «owes» to a particular end held desirable for reasons that have nothing to do with the natural principles that determine the functioning of real instruments. On the other hand, if power «is considered the quality of a definite end which makes that end realizable», the responsibility of power will involve the responsibility that power «owns» as a consequence of its own moral character. Weber is, of course, often described the quintessential theorist who treats power as «a real instrument» independent of any particular ends — that is, as a fact independent of any particular values — and who sees the responsibility of power as the responsibility power «owes» to the ends one decides, without possible recourse to reason or empirical analysis, are worth pursuing. This is what the accusation of «decisionism» means. In fact, however, like most individuals who have theorized on politics, Weber found the alternatives a bit too stark and thus «felt the pull from both the main currents of power». As will be seen in what follows, he understood that power as a moral phenomenon will generally prove too effete to preserve itself, but that power as a pure instrument is

Analysis, eds. Tom Bottomore and Robert Nisbet (New York, 1978), pp. 662-665. Weber's definition of *Herrschaft* ran: «*Herrschaft* means the prospect that a command with specific content will be obeyed by a specifiable group of persons» (WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 28).

(18) KRIEGER, *Power and Responsibility*, p. 9.

so uncontrollable, so promiscuous that it requires the importation of moral ends to give it stability (19).

Thus in the end, like Machiavelli, Weber was incapable of becoming the Machiavellian that he is often said to have been. Rather he came to recognize that the responsibility of power encompasses both the responsibilities bestowed by power as a real instrument and the responsibilities owed to power as a moral phenomenon (20). The blending of the two was a combined ethical and scientific undertaking in which Weber attempted to balance the subjective and objective, facts and values, reason and decision, and with this we have come full circle. To balance the elements of these various pairs is at the same time to provide the conceptual foundation required to harmonize the countervailing elements in Weber's thought, and the centrality of power to this project leads one directly back to Mommsen's novel approach and reaffirms its validity.

It was the problem of power that first raised for Weber, very early in his intellectual life, the various antinomies that seem to trouble his mature scientific and political works; and it was in attempting to define the responsibility of power in the Germany of his time that Weber arrived at the means he needed to control those antinomies. The resulting interdependence of science and politics in his thought need not call into question the validity of his writings. On the contrary, if one accepts, as Weber concluded, that these antinomies are essentially irresolvable and that best one can hope for is to balance their elements in accordance with the practical exigencies and moral opportunities of given circumstances, then the biographical and political approach, with all its stress on the unique and the particular, will lead directly to that unique configuration of ideas responsible for Weber's greatness.

3. *Weber's Earliest Reflections on Power, Responsibility, and German Politics.*

In Weber's late adolescence and early manhood, he gradually came to recognize a number of central issues connected with the

(19) *Ibid.*, pp. 13 -14.

(20) *Ibid.*, p. 14.

responsibility of power and enunciated several characteristic views that he would later expand, refine, and elevate into central components of his mature thought. The evidence for these developments resides primarily in Weber's *Jugendbriefe*. While these letters provide a somewhat fragmented view of Weber's thinking during the period they cover, they, nonetheless, without overinterpretation, reveal three striking, well formulated, and suggestive attitudes about the anatomy of power — two involving matters of principle and one of historical fact — that form the starting point of all of Weber's subsequent discussions of the topic.

First, these letters contain one of Weber's earliest confrontations with the conflict between amoral power and moral ends, and they show how he concluded that one could control this conflict through commitment to a liberal, individualistic ethic, an ethic rooted naturally in the aspirations of all persons and that in his own time was constrained only by the exigencies of the European states system. This happened during Weber's remarkable encounter with the writings of William Ellery Channing (1780-1842), Unitarian theologian and a founder of the New England Transcendentalist movement. Weber first read Channing while stationed in Strassburg from 1883 to 1884 for his year of military training, and he was so taken by what he found that he confessed to his mother that this was «the first time that something religious had attained more than an objective interest» for him ⁽²¹⁾. What had captured Weber's imagination was a philosophy of individual freedom and worth embodying what was to become a central theme in his own thinking.

Channing held that all his writings were «distinguished by nothing more than by the high estimate which they express of human nature». He depicted man as a «rational, moral, immortal being» who had been «created to unfold godlike faculties» ⁽²²⁾. The most important of these faculties was reason, a «divine principle which distinguishes between truth and falsehood» and between

⁽²¹⁾ Weber to his mother, 8 July 1884, in *Jugendbriefe*, ed. Marianne Weber (Tübingen, 1936), p. 121.

⁽²²⁾ William E. CHANNING, *The Works of William E. Channing, D. D.*, (Boston, 1875), pp. 1, 695.

«right and wrong action» (23). In addition to reason, God had provided man with a «sense of duty» or the «power of discerning and doing right». Coupled with a free will, this sense ensured that man was «not a machine, but a free being, who was to rise or fall according to his use or abuse of his powers». This combination of powers and faculties made of man a creature whose purpose was «to grow, to gain by exercise new energy, new intellect... to bring out what is within [himself], to press towards what is above [him]... in other words... to be free» (24).

As curious as it might seem, what Channing's theory gave Weber was an easily accessible compendium of the popular ethic of nineteenth-century German liberalism. Channing had been influenced by a broad range of German thinkers as well as that major source of inspiration for early German liberals, the pedagogical theories of Rousseau (25). While his use of what he learned was hardly systematic or critical, what he gathered did help him to elaborate an ethical ideal strikingly similar to the concept of individual cultivation or *Bildung* so central to nineteenth-century German liberalism (26). Indeed, the affinity was so strong that through extensive translation, Channing's works became a part of popular German liberal culture (27), and for this reason Weber's response to them takes on added significance.

A number of factors ranging from the place German liberal culture had in his parents' home to his reading of Kant during his final year in the Gymnasium may have favorably predisposed Weber to what Channing had to say (28). In any event, he reported

(23) *Ibid.*, p. 100.

(24) *Ibid.*, pp. 69, 212, 912.

(25) Hajo HOLBORN, *German Idealism in the Light of Social History*, in *Germany and Europe*, (Garden City, 1970), pp. 9-10; Siegfried B. PUKNAT, *Channing and German Thought*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, 101 (April 1957): 195-203; Stanley M. VOGEL, *German Literary Influences on the American Transcendentalists* (New Haven, 1955), pp. 109-111.

(26) James J. SHEEHAN, *German Liberalism in the Nineteenth Century* (Chicago, 1978), pp. 14-15.

(27) They appeared as William Ellery CHANNING, *Werke*, trans. F. A. Schulze and Ad. Sydow, 15 vols. (Berlin, 1850-55).

(28) Marianne WEBER, *Max Weber: Ein Lebensbild* (Heidelberg, 1950), p. 68.

to his mother in the most effusive language imaginable that Channing's work was «extraordinary» and marked by an «unassailable loftiness of its views». He was particularly impressed by the «clear, serene idealism» that was drawn from Channing's idea of «the infinite worth of the individual human soul»; it was so «refreshing» and so «understandable» to all «that there [could] be no doubt of the universality of his views nor that they are based on real needs of human, spiritual life (29).

This emphasis on «universality» is crucial, for it clearly reveals a commitment to a set of ethical ends that transcended historical circumstances. However — and here the reality of amoral means began to make itself felt — despite his enthusiasm, Weber took exception to Channing's extension of his ideal of human nature to the political realm. This extension had produced a utopian pacifism that made only the slightest concessions to what Weber saw as the necessities of political life. Following a Kantian demand that individuals be treated as ends in themselves, Channing held that «man is not created for political relations... but for indefinite spiritual progress, and [he] is placed in political relations as the means of progress». For this reason «the human soul is greater, more sacred, than the state, and must never be sacrificed to it». He was particularly critical of the sacrifices demanded by war. Most of these were unnecessary, instigated as they were by the «passion for superiority, for triumph, for power» of the professional military. He called instead for national restraint, maintaining that a nation «should prefer being injured to the hazard of doing injury», and he even went so far as to grant the individual the right to oppose his government's military actions and to refuse military service on grounds of conscience (30).

These sentiments stood sharply at odds with those of the typical young upper middle-class German of the 1880s, particularly one such as Weber who, in the midst of his military training, was gradually developing an admiration for military life. For him Channing's support of conscientious objection was frivolous, showing that he «hadn't the slightest understanding of such things». His desire to set

(29) Weber to his mother, 8 July 1884, pp. 120-121.

(30) CHANNING, *Works*, pp. 176, 647, 663, 676.

a Christian understanding of justice in the place of self-interest as the force regulating international affairs could easily bring into conflict the respective demands of freedom and power by producing «a rift in people's sentiments between the (ostensible) demands of *Christianity*» and the requirements of «the social order of *states* and the world». Channing's appeal to individual conscience was based on a «fictitious rift between supposedly divine and human orders», and it was the product of an «unconditioned striving for 'consistency' on the basis of certain preestablished principles». It could «give the individual a high degree of consciousness of inner power», but it also produced «a contradiction with certain fundamental social orders and therefore... contain[ed] a reckless disregard of these orders and the external world»⁽³¹⁾.

It is clear from these remarks that at this early date Weber recognized the distinction between an ethic of ultimate ends and one possessing the blend of amoral means and moral ends characteristic of a workable definition of the responsibility of power. To develop such a definition required one to consider the «social order of states» and the «external world», and this meant that power as an ethically neutral fact created duties that had to be fulfilled before it could become a reality. However, this was not the end of the matter. Weber had, after all, maintained that «there can be no doubt of the universality of [Channing's] views nor that they are based on real needs of human spiritual life». But once Weber encountered this need to blend moral ends with the duties created by power as an amoral means, the real problems were clearly just beginning. He now faced the problem of reconciling freedom and power that dogged German history throughout the nineteenth century. Weber had to discover how to identify the demands of morality *in this world* and how to assume responsibility for their fulfillment.

Some preliminary answers to this problem emerge in the *Jugendbriefe* in the course of a debate Weber had with his cousin, Emmy Baumgarten. The most important product of this debate is a letter to Emmy dated July 5, 1887 that contains a long and startling analysis of the nature of responsible action, prefiguring

⁽³¹⁾ Weber to his mother, 6 December 1885, in *Jugendbriefe*, pp. 191-192.

elements of Weber's mature understanding of responsibility as a root of ethical action and a correlate of social causation ⁽³²⁾. This letter was a response to Emmy's protest of a letter she received from Weber, dated May 8, 1887, in which Weber had defended the social behavior of a certain Dr. W. in a situation whose particulars are never fully stated. This much, however, is clear: the defense of Dr. W. was closely bound up with a debate that Weber had had with Emmy on the subject of «sensitive persons». Emmy believed that there existed in persons an «innate ' sensitive feeling ' » that, when appreciated and acted upon, naturally produced graceful social behavior. On an unspecified occasion, Dr. W. had shown lack of appreciation for this feeling by behaving toward a certain Fräulein F. (herself guilty of some sort of misconduct) in a manner that, according to Emmy, was quite contrary to what could be expected from a «sensitive person» ⁽³³⁾. Weber, on the other hand, chose to treat these problems from the standpoint of social convention.

He argued that «the proper development of a person in this respect is not a question of an innate ' sensitive feeling ' but rather continuous proper experience». Therefore, in the case at hand, the problem was «not lack of sensitivity but rather wrong-headed notions about the nature and goal of social amusement». Dr. W. was a product of northern Germany and «carried with him our local type of corrupted concepts regarding the purposes of sociability». He thus lacked the social graces Emmy had a right to expect of a fellow Strassburger. In Berlin social life was a «sugar-coated» duty which, according to Weber, promoted a type of « ' snottiness ' ... particularly among the ladies». Confronted with one of them, one could never feel the «reticence» that should regulate relations between the sexes. For this reason «poor W.» could not be held «responsible» for his actions; the responsibility lay with «social

⁽³²⁾ Weber to Emmy Baumgarten, 5 July 1887, in *ibid.*, pp. 251-262; For a particularly instructive discussion of how these themes manifest themselves in Weber's mature work, see William W. MAYRL, *Max Weber and the Causality of Freedom*, in *Theory of Liberty, Legitimacy and Power*, ed. Vatro Murvar (London, 1985), pp. 108-124.

⁽³³⁾ Weber to Emmy Baumgarten, 8 May 1887, in *Jugendbriefe*, p. 240, 242-243.

conditions or the quality of the young ladies with whom he had the opportunity to socialize» (34).

In her response, which must be inferred from Weber's comments, Emmy seems to have argued that this position, when pressed, must lead to absurd conclusions. She maintained that an explanation produced by the «understanding» about motives behind actions and «feelings of inclination or antipathy» toward these motives are «two entirely different matters», and that «the first exercises... for the most part no influence over the second». If the understanding could explain an action in naturalistic terms of cause and effect, then it must, and this would make it impossible ever to «condemn» an action. The negation of an individual's freedom negates his responsibility; «his inner being stands just as much subject a natural necessary development as any product of nature» (35).

Weber agreed that one was dealing here with two entirely different things, but he held that the conclusions Emmy attempted to draw from this overshot the mark. They were simply the product of «a worthless game played with concepts of the understanding», a faculty that could not distinguish between good and evil and was «not even able to explain what 'to be responsible' meant». Here Weber was asserting the autonomy of practical reason, and this autonomy implied for him that some distinct cognitive faculty capable of perceiving moral distinctions had to exist. He termed this faculty «the power of moral differentiation» and assigned to it the tasks of identifying good and evil and producing «the individual's consciousness of his responsibility for his actions». He also clearly ascribed to it a transcendental character. It had to exist prior to experience, otherwise the individual could never comprehend normative statements. Finally, because of its transcendental character, Weber's «power of moral differentiation» did not simply perceive, it ordered perceptions; it legislated norms or laws commanding «what in the future ought to be *done*». Like the laws controlling the senses, these laws were «set in human nature», but because they dealt with what ought to be

(34) *Ibid.*, pp. 240-242.

(35) Weber to Emmy Baumgarten, 5 July 1887, pp. 256-257.

rather than what is, they were fundamentally different from the laws that controlled the senses, «approximately as different as the law of the state providing that murder ought to be punished with death is from the law of nature that there is mutual attraction between all bodies» (36).

In the power of moral differentiation, Weber had the means he needed to confront the problem of freedom and necessity. While his discussion of this power was brief, its force and its obvious connection with central themes of Kantian ethics indicate the direction he would take. However, a serious problem remained, as a return from these heights to the predicament of «poor W.» demonstrates. His actions now stood simultaneously under social laws of cause and effect and moral norms that allowed the imputation of individual responsibility. He had to behave badly, but he could behave otherwise. To overcome this problem, Weber would have to show how the moral faculty could bridge the gap between norms and empirical facts, how it could find valid moral norms that transcended social conventions but were, nonetheless, bound up with them.

The forces embodied in the pull of both the main currents of power are apparent in this difficulty, and to resolve it Weber would have to take the steps anyone contending with this pull must take; he would have to discover how to blend transcendent values with real forces in a way that compromised each as little as possible. By the time he did so, problems such as the case of Dr. W. had long since been replaced by grand political questions meriting the prodigious effort the task required.

The *Jugendbriefe* do not allow one to go further than this in analyzing Weber's early understanding of matters of principle related to the responsibility of power. However, given that this discussion has come to a halt on a point involving the question of how concrete social circumstances can be made intelligible in moral terms, what would be of particular interest here is information about the historical circumstances in which Weber first became aware of the problems of power. Here the *Jugendbriefe* are of help, for they contain Weber's earliest recorded comments on Germany's

(36) *Ibid.*, pp. 257-262.

historical and political situation, comments made while he was under the influence of his uncle, Hermann Baumgarten (37).

When Weber first came into serious intellectual contact with him, Baumgarten was a professor of history in Strassburg, with a long involvement in German liberal politics behind him. This involvement possessed a theoretical dimension that dovetails with the problems under discussion here. Originally influenced by Friedrich Christoph Dahlmann, Baumgarten became something of a conduit through which elements of the moderate liberalism of the *Vormärz* passed into the second half of the nineteenth century (38). As a moderate, Baumgarten evinced great respect for brute facts and forces and saw the institutions that embodied them as mediators between universal values and the life of the individual (39).

All of this was central to Weber's problem. Both men held that extreme formulations of moral principles had to give way in the face of established institutions, but they also held that institutions served to make moral principles a reality. However, Baumgarten's ability to assist Weber had grown limited, for history had outrun him, and by the middle 1860s this outmoded the intellectual categories that once served him well. At that time Baumgarten allied himself with Prussian moderate liberals as they made their peace with Bismarck and the Prussian government. While once a staunch opponent of Bismarck's unconstitutional policies, by May 1866 he was claiming that «if Bismarck with vigorous support of the popular forces is victorious, then a liberal Prussia is victorious». This led him later that year to demand that «a fundamental and complete transformation in our political thinking as well as in our political action is necessary» (40).

Here is where the difficulties began, for at this point Baum-

(37) MOMMSEN, *Max Weber und die deutsche Politik*, p. 12. On Baumgarten, see esp. ERICH MARCKS, *Biographische Einleitung*, in HERMANN BAUMGARTEN, *Historische und politische Aufsätze und Reden* (Strassburg, 1894), pp. I-CXXXIV.

(38) MARCKS, *Biographische Einleitung*, pp. XIV, LXIV.

(39) LEONARD KRIEGER, *The German Idea of Freedom* (Chicago, 1972), p. 304.

(40) Baumgarten to Heinrich von Sybel, 22 May 1863, in *Deutscher Liberalismus im Zeitalter Bismarcks*, ed. Julius Heyderhoff, 2 vols. (Bonn, 1925), 1: 151; Baumgarten to Heinrich von Sybel, 11 May 1866, in *ibid.*, 1: 282; Baumgarten to Heinrich von Treitschke, 10 August 1866, in *ibid.*, 1: 342.

garten began to lose the ability to distinguish clearly between freedom and power that his old moderate position had given him. Thus while his «transformation» included elements of moderation, they were directed against extreme defenses of principles embodied institutions, that is, «doctrinaire constitutionalism», rather than extreme defenses of principles in the abstract ⁽⁴¹⁾. Moral inflexibility within institutions created for Baumgarten a moral vacuum in the extrainstitutional sphere where moderates earlier had been accustomed to find their principles. To fill the void he turned to what seemed to be a new source of guidance, a torrent of pure power that swept institutions along under the direction of the sure instincts of the great statesman. Now Baumgarten began to lash out at German liberals as typical members of the bourgeoisie, a class «little fitted» for «genuine political action» and inclined to constrain the traditional ruling classes with «banal phrases» such as «the law is the law». Bismarck was naturally the man who could «finally lead Prussia boldly forward», and he would succeed if it was recognized that «total freedom rests on total power» ⁽⁴²⁾.

With total freedom resting on total power and both resting in the hands Bismarck, the old categories of the moderate had slipped from sight. By the early 1880s Baumgarten found himself outwitted and resourceless, able only to complain about Bismarck's «destructive» effect on domestic politics, the rising «fanaticism of the masses», and «the unbelievable socialism which is closing in upon us» ⁽⁴³⁾. His despair came to a head in his attack on the historical writings of his old friend Heinrich von Treitschke. Treitschke had forsaken «critical investigations» in favor of «grand depictions», and he wrote with a «pronounced subjectivity» that «proclaimed the majesty of this new Germany with stirring enthusiasm» ⁽⁴⁴⁾. In this approach to the German past, one saw how recent events had replaced the old clear distinction between abstract principles and

⁽⁴¹⁾ Baumgarten to Friedrich Oetker, 21 January 1867, in *ibid.*, 1: 362.

⁽⁴²⁾ Hermann BAUMGARTEN, *Der deutsche Liberalismus*, in *Preußische Jahrbücher*, 18 (1866): 471, 608, 610; See KRIEGER, *German Idea of Freedom*, pp. 440-441.

⁽⁴³⁾ Baumgarten to Heinrich von Sybel, 29 March 1881, in *Deutscher Liberalismus*, 2: 378-379; See also MARCKS, *Biographische Einleitung*, pp. CVII-CXII.

⁽⁴⁴⁾ Hermann BAUMGARTEN, *Treitschkes deutsche Geschichte* (Strassburg, 1883), pp. V, X.

the realities of power with a new murky bombast that merged freedom and power in an increasingly uncontrollable whole.

This is where Weber entered the picture. Baumgarten's sullen disposition created in him a new skepticism. Serving at times as a «lightning rod» for his uncle's «fits of rage» (45), Weber began to see German politics in similar terms. He branded Adolf Stöcker a «fanatic» whose «irresponsible unscrupulousness... [was being] publicly confirmed» in the course of a libel suit then under way. By filling party papers with declarations of support for this «new Luther», the Conservatives were showing their true colors. The National Liberals were led by «consummate nonentities», had lost the trust of the people, and were being infiltrated by «anti-Semitic elements». Bismarck's ability to destroy all possible successors made the future look bleak, particularly given the behavior of his own contemporaries. The lesser of them were simply anti-Semites, and the more elevated were uncritical worshipers of Bismarck. At the university they were responsible for the «frenetic jubilation... that resounds in Treitschke's lectures whenever he makes any sort of anti-Semitic allusion» (46).

And so it went. But in this litany Weber was not voicing the forlorn pessimism of his uncle so much as his own brand of resolute pessimism (47). He saw that the old political distinctions had become hopelessly blurred in a cult of power worship, but unlike his uncle he was not wedded to those distinctions. Instead, he began to move somewhat to the left of his uncle and steered toward a position within the ideological spectrum of German liberalism that has been called dualism, a position that involved combining «opposites so as to achieve an equilibrium between dedication to a transcendent ideal and investment in existing institutions». Such an equilibrium is clearly what had been missing in the case of Dr. W., and it is also what the power of moral differentiation was supposed to identify. Moreover, such an equilibrium was a construct attuned

(45) Weber to his father, 30 May 1884, in *Judendbriefe*, p. 117.

(46) Weber to Hermann Baumgarten, 14 July 1885, in *ibid.*, pp. 167-168, 170-174.

(47) This is the root of a mature attitude that has become known as Weber's «heroic pessimism». See Wolfgang J. MOMMSEN, *Die antinomische Struktur des politischen Denkens Max Webers*, in *Historische Zeitschrift* 233 (1981): 38.

to the dynamic reality his uncle was unable to master. In searching for it, Weber placed himself at the center of a new liberalism that emerged in Germany during the 1890s. It was a liberalism based upon theoretical premises similar to those of the old dualism, but in addition it relied upon «an immersion into the world of concrete experience for the purpose of collecting the knowledge which would be required for new political principles and ideals appropriate to actual possibilities» (48).

Here one must turn to the beginnings of Weber's immersion into the world of concrete experience. But in doing so, I must emphasize that, despite the personal and informal nature of what has been discussed to this point, its relevance to what follows should not be underestimated. As Weber's wife put it, «at the age of 24 [that is, in 1888] he was a self-contained man whose basic structure was complete, a person who could indeed be broadened by knowledge and experience but no longer transformed» (49). The period following 1888 gave Weber precisely the knowledge and experience needed to complete his personality and bring his intellect to the threshold of maturity. The next seven years would be the decisive ones in his intellectual development.

4. *The Responsibility of Power and the Responsibility of a Scholar.*

Although the foundations were laid, the direction of that development was, as Weber himself emphasized, by no means predetermined (50). At the outset Weber did not favor an academic career. For him scholarship was at best a «sideline», and, in the words of his wife, «his inclination was plainly toward the *active* rather than the contemplative life... the man of will in him longed for great responsibilities, longed to be in the tides of life, in action's

(48) KRIEGER, *German Idea of Freedom*, pp. 314, 463. On the issue of the combining of opposites in Weber's thought see MOMMSEN, *Die antinomische Struktur*, pp. 40-41 and *passim*.

(49) WEBER, *Lebensbild*, p. 98.

(50) *Ibid.*, p. 188.

storm»⁽⁵¹⁾. In short, what Weber wished for was eventually to assume the responsibilities of power. However, to pursue the active life and shoulder great responsibilities, he would first have to establish an independent existence.

Here personal difficulties entered into the picture. Weber's continued dependence upon his father was particularly burdensome for him emotionally, and personal independence was thus a high priority. However, in his chosen field, the law, establishing his independence would be a long and difficult process. The pressure to seek an alternative path was correspondingly high, and Weber concluded that the surest alternative led through academia, an area somewhat removed from action's storm.

Weber, of course, succumbed to the pressure, but in doing so he did not relinquish his desire for practical activity. He wrote to Emmy Baumgarten in 1892 that he was «not a real scholar», and that he hoped «the *pedagogical* side of a university lecturer's calling» would give him «the indispensable feeling of being *practically* active and thus satisfaction»⁽⁵²⁾. All of this raises immediate difficulties. Weber was not the only one who sought to combine academic and practical activity. The 1890s were the heyday of the political professor in German universities, individuals like Treitschke who were often responsible for blurring the political distinctions that Weber wanted to clarify. Weber had already experienced Treitschke's «propagandistic» and «agitational» behavior in the lecture hall, and he found it repellent. Moreover, like his uncle, he noted that this behavior had disturbing parallels in Treitschke's writings. They manifested themselves in Treitschke's lack of «objectivity» and his failure to refrain from «working toward a goal sought and desired from the outset»⁽⁵³⁾.

Given that Weber was himself by nature «a nervous *Stürmer*, a Huguenot with the deepest convictions, convictions he attested to

⁽⁵¹⁾ *Ibid.*, «In the tides of life, in action's storm» is from Goethe's *Faust*, Part I, line 501.

⁽⁵²⁾ Weber to Emmy Baumgarten, 18 February 1892, in *Jugendbriefe*, p. 339.

⁽⁵³⁾ Weber to Hermann Baumgarten, 8 November 1884, in *ibid.*, p. 145; Weber to Hermann Baumgarten, 14 July 1885, p. 175.

with all the power of his soul» (54), this constituted a real problem. Reconciling the responsibility of power with the responsibility of a scholar with which Weber now had to contend forced his previous concerns to converge on a single problem, the problem of method. Faced with two masters — a deeply felt moral and political task, and a scientific discipline that demanded a rigorous intellectual integrity — he had to identify procedures and criteria that would allow him to follow both simultaneously. By coincidence, problems of method were at the time also a major issue within legal science, and the problems that had been raised were closely connected with his own concerns.

While a law student Weber devoted special attention to legal history and commercial law (55). The latter field is of great importance here, for within it Weber mastered the then orthodox methods of legal analysis, the methods of conceptual jurisprudence or *Begriffsjurisprudenz*. These methods are familiar enough to the readers of these pages to make a review of them unnecessary here. The important point to note for the problems that Weber faced is simply the way the conceptual jurists assumed the existence of a tight, harmonious link between their legal abstractions and the patterns of human action these abstractions were supposed to regulate. For them their abstract system was not simply an analytic construct. It was «an immediate reality» existing in the world, the law revealed as a complete, seamless, self-contained unity that one could explain and extend merely through logical operations. Conceptual jurists assumed that their timeless system of norms corresponded so closely with the facts it regulated that there was little need to explore its relation to historical context or to social, economic, or political considerations (56).

For Weber, concerned as he was with the relationship between normative principles and concrete social arrangements, all this

(54) Felix SOMARY, *Erinnerungen aus meinem Leben* (Zurich, 1959), p. 170.

(55) On Weber's university studies, see the *Lebenslauf* originally attached to his inaugural dissertation and reprinted in Johannes WINCKELMANN, *Max Webers Dissertation*, in *KZSS*, Sonderheft 7 (1963): 12.

(56) Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2nd ed., (Göttingen, 1967), pp. 433-443.

either begged the question or simply ignored it entirely. Given that the commercial code he had to master as a student and young instructor, the *Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch*, was one of the first legislative fruits of conceptual jurisprudence in Germany, he was completely familiar with the intricacies of conceptual techniques⁽⁵⁷⁾. However, it took only one brief stint in the world of practice to convince Weber that the assumptions of the system were inadequate. Near the end of his university studies Weber spent several months standing in for an attorney in Berlin. In the course of this experience he found, as he reported to Hermann Baumgarten, that «pure scientific activity almost lost its attraction» because «the practical interests whose regulation constitutes the primary task of legal development frequently presented combinations that, it appeared,... could not be grasped with the means of our science»⁽⁵⁸⁾.

Observations such as this were hardly unknown at the time. Weber's case is somewhat unusual, however, in that he never rejected conceptual techniques per se. He questioned some of their basic assumptions, but, just as later he would not follow the leaders of the German historical school of economics and reject formal economic theory outright, in this case he was disinclined attack formalistic legal analysis. He rather sought to reground it, to immerse reason in experience and reconcile rational principles with empirical actions. The problem of method thus emerged as a reformulation of the conceptual problems he confronted in the letters discussed above. For this reason, while the specifics of the scientific problems Weber was to face must obviously to be taken into account, the continuity of what follows with what has been presented up to this point is virtually unbroken. The path he was now embarking upon would be an extremely circuitous one, but Weber's intentions made the ultimate destination one where the means and ends of both science and politics would define and reinforce each other.

⁽⁵⁷⁾ *Ibid.*, p. 443.

⁽⁵⁸⁾ Weber to Hermann Baumgarten, 30 September 1887, in *Jugendbriefe*, pp. 271-272. See WEBER, *Lebensbild*, p. 188.

5. *Weber's First Inquiries into the Relationship Between Law and Society.*

The ground Weber covered in the first phase of this trek was modest but hardly inconsequential. In the same letter in which he voiced his disillusionment with contemporary jurisprudence, Weber also reported that through his work for the seminar of Levin Goldschmidt, one of his main professors, he was «becoming acquainted with... various materials, Italian statutes, in particular with commercial law content, which I perhaps would like to do something with sometime»⁽⁵⁹⁾. In fact he made them the basis of his dissertation, published in 1889 under the title *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*. In this work, Weber investigated the rise of the limited liability corporate form in the late middle ages. The final product was a rather traditional study. Nonetheless, it contains features concerning the relationship between legal principles and empirical phenomena that soon became part of an innovative move toward intellectual independence in dealing with law and society.

In his dissertation Weber dealt with a number of «relationships of socialization» or «general categories of relationships which may display highly variegated legal structures but that all had the common characteristic of assigning some general category of economic calculation, be it profit, or risk, or costs, or some combination of these to the common account of several individuals», and he sought to determine «from which of [these relationships] the [legal] principles of the modern private firm originated». The subject of the book was thus connected with a major theme of his later work, the emergence of modern capitalism, but this is of secondary importance here. Of primary importance is the general approach Weber felt one had to take in order to answer his question adequately. It would not do simply to work backward from the modern firm to elements of medieval law, «establish when among these an institute similar to the private firm and to which it can be traced historically appears, and then limit oneself to a consideration

⁽⁵⁹⁾ Weber to Hermann Baumgarten, 30 September 1887, p. 272.

of it». Weber was concerned primarily with «the genesis of legal principles» rather than with economic processes, and to deal with this issue, one could not simply assume «a priori... that in the case at hand legal and economic differences from the beginning correspond approximately with each other» (60). An explanation that assumed such correspondence would have conformed with the conceptual jurists' beliefs about the harmonious relationship between legal principles and social institutions, which is precisely what Weber had become skeptical about.

Of the possibile approaches to these issues, those connected with Weber's thoughts on morality and social circumstances are of primary interest here. Given what we know about them, it is safe to say that either the «genesis» of legal principles through sheer acts of will, or the possibility that material factors and social relationships alone determined the development of the law would have been equally implausible for him. In fact a close reading of late medieval statutes, especially ones from northern Italy, suggested to Weber something more subtle than either, something that incorporated elements of each, but granted a loose preeminence to purposeful action. Rather than a simple correspondence, the evidence he examined suggested that «the decisive legal principles» of the limited liability corporate form «originally arose in economically quite remote regions and that the factual relations regulated by them took on a fully different form» (61).

In other words, Weber found a convergence of two sets of social phenomena, one legal and one economic, in which the significance of the former was transformed upon its encounter with the latter. The initial separation of these sets suggests that freedom of choice had at least a role in bringing about their convergence, for at some point individuals had to become conscious of how their elements could be combined and then set about the task of combining them. But this separation also implies that the peculiarities of a historical situation would have dictated the degree to which necessity determined the final outcome, for neither set of pheno-

(60) Max WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*, in *GASW*, pp. 321-322.

(61) *Ibid.*, p. 322.

mena was infinitely malleable. Weber's account embodies both these points, and this connects it with his overriding concern with the responsibility of power.

From a purely historical standpoint, it was the inability of Roman law to contribute to the legal development of the modern private firm that confirmed for Weber the validity of his views about the relationship between legal and economic phenomena. Roman law became the tool of some of the most economically advanced groups in northern Italy during the late middle ages, but it could not provide all of the elements characteristic of the modern firm. For instance, the Roman *societas*, a legal form that seemed to provide a possible basis for the development of the modern corporate form, amounted to a juristic person that regulated the interaction of its individual constitutive members, but that lacked common property upon which third parties might lay claim in situations such as bankruptcy. The modern firm required joint liability and corporate property, and the Roman *societas* did not provide these. Weber considered a number of other innovative legal forms based on Roman models and in each case came to similar conclusions ⁽⁶²⁾.

All this suggested that the legal foundations of modern capitalism might have origins in areas that were much less progressive economically than those where Roman forms played an important role. Weber claimed to find legal institutions that anticipated the modern firm in the medieval «family partnership», an essentially Germanic organizational form initially unconnected with capitalistic economic activities. Its importance grew in northern Italian cities because of individuals' disinclination to live as renters and a corresponding tendency to reside in extended family households. However, as the pace of economic life picked up, it gradually evolved into something like a modern firm. This was possible because the family partnership provided the two things the Roman law lacked, communal property and joint liability. All household members, even attached individuals from outside the kinship group, could have rights to communal property. This property was eventually differentiated from individual property and became the

⁽⁶²⁾ *Ibid.*, pp. 315, 318, 328-331.

object of conscious accounting procedures, with the individual's participation seen as a share of the whole. Eventually the communal liability of the kinship group developed into the concept of joint liability for contracted debts. The need for certainty in the conditions of liability led to fixed contracts for family partnerships, and in the process recognizable firms with corporate property and corporate liability began to appear. By the thirteenth century, a clear tendency to separate living quarters from work and sales areas emerged, and with this the firm as an entity defined only in contractual terms was in existence ⁽⁶³⁾.

It is not difficult to imagine how this complex interaction of legal and economic phenomena and the resulting unintentional transformation of the meaning of a legal institution could influence someone with serious doubts about the orthodox jurisprudence of the day. In Weber's case the effects of these findings appeared when he characterized the views of the Post-glossators, the late medieval forerunners of the conceptual jurists, as «juristic sport» which, when carried far enough, led to «nonsense». This was, of course, the standard charge made against the conceptual jurists. But Weber went beyond criticism to propose a new dimension for jurisprudence. The problem with the Post-glossators was that their «entire mode of treatment and discussion» was abstract and did not rest on «any sort of well thought out and consistently developed economic or even social theory» ⁽⁶⁴⁾. Clearly the method that Weber was looking for would force him to subsume legal institutions under a larger context.

6. *Roman Agrarian History and the Origins of Weber's Scientific Method.*

The approach Weber took in his dissertation was more or less intuitive. In the next stage of his intellectual development, that taken up with the composition of his *Habilitationsschrift*, his treatment of method became more sophisticated and more self-conscious. This work was a study of Roman agrarian history

⁽⁶³⁾ *Ibid.*, pp. 344, 348, 353, 361-371, 374-375.

⁽⁶⁴⁾ *Ibid.*, p. 428. See also p. 431.

entitled *Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht*. In it Weber attempted to «treat various phenomena of Roman public and private law from a single perspective: that of their practical significance for the development of agricultural conditions». The aim is similar to that of the dissertation, and as in that case, Weber pursued it under the assumption that «the existence of a connection between two historical phenomena cannot be demonstrated in the abstract» but rather only through «a unified and self-contained view of how this connection formed itself in the concrete» (65). But here Weber attacked a problem spanning Roman history from the founding of the city to the fall of the Empire — the organization of Roman agriculture, with particular attention to the law of real property — and he did so using a scanty set of heterogeneous sources.

This disparity between the scale of his project and the depth of its evidential foundation forced Weber to address the question of method much more directly than before, for it raised serious questions about the assumptions one had to make in order to perceive coherence and orderly development in social phenomena. He commented on the problems involved at several points in his study, and his remarks contain an intriguing hint of inconsistency.

Early on, Weber announced that he planned to draw «inferences» that spanned centuries from often incomplete and sketchy materials using «constructive» procedures highly speculative in appearance. He defended this intention by referring to special features of agrarian life and agrarian history that made such tactics acceptable. It was «precisely in the area of agrarian history [that] there are cases where one goes further and proceeds with relatively greater security with inferences drawn from the 'nature of the things' than in other areas». This was because «the organization of agrarian communities simply offers, if certain foundations are

(65) Max WEBER, *Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht* (Stuttgart, 1891), pp. 1-2. On the complex issue of Weber's use of the techniques of his teachers Theodor Mommsen and August Meitzen, see Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI, *Comunità agraria in Roma antica. Appunti sul rapporto Mommsen-Meitzen-Weber*, in *Quaderni di storia* 21 (1985): 77-99.

established, only a limited number of possibilities» (66). Thus in agrarian life the «nature of things» was such that one could infer with confidence from the known to the unknown. This implies that in that realm there were something like necessary relations that might produce predictable, lawlike phenomena.

Weber drew this implication when he turned to the implausibility of presenting conclusions about «a development covering the civilized world and spanning a half a millennium which were derived from a few dozen, in part ambiguous, passages from documents and writings». He maintained the existence of necessary paths of development from one set of facts to another. Using a few pieces of isolated evidence, one could draw conclusions about economic developments in the entire Roman Empire over long periods of time because, its size notwithstanding, the Empire was «to a relatively high degree a unity, despite the most enormous differences between the individual parts in their stages of development». The clearly identifiable «stages of development» implied the existence of general «laws of development» connecting them, laws which were «‘ laws ’» in the sense that they «represent *tendencies* that could be intersted by other tendencies that have greater force in a particular locality», but that would ultimately prevail (67).

This conclusion, which he supported in much of the narrative that followed, seems to negate Weber's commitment to laws of free and thus responsible human action. However, by the end of the study, this appearance is called into question. In speaking of the developmental «tendencies» that undermined the late imperial *municipia*, Weber held that «it goes without saying that this development was realized locally in very different degrees». In fact, one could speak of «tendencies of development» only if one remembered that «they are only tendencies» and that they «perhaps never appear realized in complete purity», in other words, that they are to be «formulated in ideal pictures (*Idealbilder*)». What made these pictures ideal was, in part, their relative detachment from historical particulars, but, above all, their relationship to some

(66) WEBER, *Die römische Agrargeschichte*, pp. 1-2.

(67) *Ibid.*, pp. 3-4.

overarching conceptual framework defined by normative principles of social policy and social organization (68).

At this point Weber began the development of his method in earnest, and the method was, of course, centered on the ideal type. This is, obviously, not to deny the role his later formal essays on method played in drawing together and clarifying his position. However, to grasp the meaning of those essays, and to clarify their attendant ambiguities, one must understand how their contents were informed by the developments that begin at this point. Indeed, between this point and the spring of 1895, Weber stated explicitly most of the elements of his later formal definition of the ideal type as well as most of the other basic features of his mature position on method (69).

Weber's ideal pictures take up a position in the scheme of things at precisely the point where poor Dr. W. was left floundering. Just as W.'s actions appeared to be simultaneously free and subject to some social necessity, Weber was now swaying between tendencies that were «really» tendencies, that is, necessary tendencies that predetermined the actions of those caught up within them, and tendencies that were «only» possible tendencies, in which free and thus responsible choice between alternatives was possible. Here as before the distinction is crucial, for in the first instance one confronts a situation where the responsibility of power can have no significance, and in the second one confronts a situation where it can. The innovative ideal pictures, constructs encompassing the empirical and normative realms in a way Weber felt contemporary legal thought could not, were to bridge the gap and blend the two sorts of tendencies into a harmonious whole.

To explain how this blending came about, one must bear in mind that in the case of Dr. W. such a blending required the application of the «power of moral differentiation», that this power

(68) *Ibid.*, p. 266. Weber made this connection to matters of policy clear when he asserted that the developments of the late Empire were realized in varying degrees, «just as in its time the Caesarian ideal of the organization of the entire Empire into municipal districts was» (*ibid.*).

(69) It is worth noting that the term «ideal picture» still played a role in Weber's first formal definition of the ideal type. See WEBER, *Die Objektivität*, p. 190.

was related to Channing's «power of discerning and doing right», and it in turn was inseparable from an ethic of individual freedom. These affiliated notions were still at work in Weber's mind, and a brief look at his treatment of real and mere developmental tendencies in Roman agrarian history helps to clarify how they were subtly helping him along in his search for a scientific position that accorded with his personal ambitions.

Weber's exposition of these tendencies was multi-dimensional, since to achieve his purpose he had to coordinate three distinct categories of materials: the technical literature of the Roman land surveyors ⁽⁷⁰⁾, the Roman law of real property, and the works of Roman agrarian writers such as Cato, Varro, and Columella. To do this Weber had to make two interrelated investigations. The first, while innovative, was closely bound to traditional legal issues. In it Weber identified the «connection between the various forms used to survey Roman arable land and the legal qualities of that land» and then clarified «the practical significance of these qualities». He was thus involved here in linking empirical social practices with legal principles. The second absorbed such juristic problems into «an economic historical examination of Roman agriculture» that explored «how the economic enterprise of the Roman agriculturalist formed itself under the specific legal and social circumstances enveloping the soil and the transformations this enterprise experienced in the course of the centuries» ⁽⁷¹⁾.

It was in the first investigation that Weber applied his «constructive» method in its most concentrated form, although the details of the final product are of secondary importance here. Suffice it to say that he held that one could draw a connection between the classes of Roman agricultural land and the legal qualities of the land because these classes were administrative categories based on differing survey techniques, and the use of these categories by the administration was, in turn, motivated by the state's concern with the particular tax burdens placed upon the land. Since tax burdens were dependent upon the land's legal

⁽⁷⁰⁾ As collected in F. Blume, K. Lachmann, and A. Rudorff, eds., *Die Schriften der römischen Feldmesser*, 2 vols. (Berlin, 1848-1952).

⁽⁷¹⁾ WEBER, *Die römische Agrargeschichte*, pp. 1, 3, 9.

status, the actual division of the land and the law of real property became firmly intertwined ⁽⁷²⁾. Thus policy considerations were central in linking these different elements of social reality, one empirical, one legal, with each other, and this centrality led Weber directly into the heart of a historical process that is highly suggestive from the standpoint of his moral and political concerns.

This historical process fell into two distinct stages, each stage dominated by one of the two horns of the dilemma that Dr. W. had been caught up in. The first was characterized by a high degree of voluntaristic manipulation of social reality, and the second by a high degree of social determinism ⁽⁷³⁾. The distinction between the two is particularly instructive in light of recent discussions about whether or not there is an incompatibility between Weber's «substantive studies», which seem to reveal a structuralist approach to society, and his «methodological principles», which emphasize meaningful social action and interpretive understanding ⁽⁷⁴⁾. The two phases of this early «substantive study» show that there is no incompatibility, and that Weber's emphasis on structural factors as determinants of human action depended on the type of historical situation he was dealing with.

In the first stage, Weber found a particular social and political faction fighting for a special policy regarding landownership, and in so doing consciously creating legal forms that could serve its multifaceted ends. The components of the narrative he produced had an implicit underlying relationship among themselves that moved sequentially from the values motivating action and their correlative ends, to action itself, and finally to changes in social phenomena that were the necessary and sometimes unintended consequences of that action.

The faction in question, the party of middling citizens rooted in the soil, had as its aim securing private property in agricultural

⁽⁷²⁾ *Ibid.*, pp. 12-48.

⁽⁷³⁾ It must be noted that Weber used the term «ideal picture» only in the second stage of his investigation. However, his use of the term there makes it quite clear that it is equally applicable to what he produced in the first stage.

⁽⁷⁴⁾ See Bryan S. TURNER, *For Weber: Essays on the Sociology of Fate* (Boston, 1981), p. 9. Particularly perceptive on this problem is Lawrence A. SCAFF, *Weber before Weberian sociology*, in *The British Journal of Sociology* 35 (1984): 190-211.

land. Weber described its activities as «a conscious tendency in agrarian policy which through a fairly artificial process sought to reach absolute freedom of economic and legal disposition over landed property and the greatest ease of realization possibile». Beginning in the early Republican period and running its course by the early Principate, this process was propelled forward by a drive for individual economic independence that increasingly differentiated its participants in economic status, but united them in their economic outlook, that of individual «businessmen» interested in capitalistic exploitation of the land (75). The legal-political aims accompanying this process included the splitting apart of the old Roman communal form of landholding postulated by Weber in favor of individualized private parcels exchangeable on a free market. Such holdings were extended through wars of conquest, and the public lands also acquired through conquest were exploited for personal gain, an activity that favored the wealthy and led to «the most unrestrained capitalism in the area of agriculture which has ever been heard of in history» (76).

All this was facilitated by the manipulation of legal procedures related to the sale of land (77). The developmental tendency produced by this interplay of legal and economic phenomena eventually reached a complexity that caused it to take on a life of its own and limit the freedom of action of the individuals involved in it. When this happened, the first stage of the historical process neared its end. The problem was that although the individuals involved in the process were similar in character and outlook, their interests were by no means uniform. The wars of expansion they had supported created new economic possibilities in the form of new territory and additional labor power, possibilities that individuals were not equally prepared to exploit. At this point, changes in circumstances began to bring about a changes in thinking on agrarian policy, and these together eventually reversed the se-

(75) WEBER, *Die römische Agrargeschichte*, pp. 114, 117.

(76) *Ibid.*, pp. 68-69, 116-118, 129. On Weber's treatment of Roman agrarian capitalism, see John, LOVE, *Max Weber and the Theory of Ancient Capitalism*, in *History and Theory* 25 (1986): 152-172.

(77) WEBER, *Die römische Agrargeschichte*, pp. 69-80, 104-105.

quential relationship among the fundamental components of the historical process. The reversal brought into being a new ideal picture in which necessity replaced freedom as the dominant factor in history.

The new thinking on agrarian policy revolved around the Roman *ager publicus*, the public lands whose size had been greatly increased through the wars of expansion. As these lands increased in scope they became the focus of what Weber described as furious «class conflict» (78). The small peasants were intent upon having as much *ager publicus* turned into *ager privatus* as possible, but their decimation and gradual transformation into an urban proletariat as a consequence of the Second Punic War, and the inability of those who remained on the land to compete in the new agrarian capitalism, caused agricultural policy to take a different turn (79). Now a new class of capitalist landlords appeared, who became the dominant political class and who worked huge tracts of rented state lands. What eventually emerged was a picture of agriculture in the late republican and the imperial periods that precluded the purposeful manipulation of social reality found earlier.

The key to the process was the introduction of new types of agrarian enterprises. Where once an independent peasantry dominated the countryside, there now appeared a new hierarchical, reciprocal relationship between agrarian capitalists and agrarian workers. This new agrarian *Arbeitsverfassung*, or the totality of factors that defined and regulated the position of agricultural labor, became the axis around which all major developments in Roman agrarian history began to revolve from the late republican period on, and it embodied several issues central to the responsibility of power (80). A hierarchical reciprocal relationship among workers and employers is clearly an instance of *Herrschaft* or domination, and because of the connection between this second attribute of power and power's moral and spiritual qualities, a seemingly new ethical dimension began to appear in Weber's discussion.

(78) *Ibid.*, pp. 119, 129, 219.

(79) *Ibid.*, pp. 129-130, 230.

(80) On Weber's use of the category see SCAFF, *Weber before Weberian sociology*, pp. 200-204.

This ethical dimension had been present in the earlier phase of the discussion, but goes largely unnoticed because it was tied to the outlook of individual actors within the historical process. As control of the historical process slipped out of the hands of individuals, its ethical dimension becomes conspicuous by seeming to take on a life of its own. At the center of the issue stood the problem of slave labor. The wars of expansion had made slaves plentiful, and this caused agrarian capitalists to rely increasingly upon them. Slaves were funnelled into a system of ruthless exploitation where their individuality was completely negated. However when expansion ended, the supply of slaves was constricted, and this completed the inversion of the sequential relationship among the fundamental elements within the historical process ⁽⁸¹⁾.

Pressured by the exogenous economic factor of the rising price of slaves, this new agrarian *Arbeitsverfassung*, itself in part the unintended consequence of an earlier voluntaristic process, was transformed in a way that gave life in the countryside a new ethical significance by reshaping the values that action sought to fulfill. The high price of slaves made their ruthless exploitation increasingly irrational, and landowners now began to replace them with *coloni*, tenant farmers responsible for providing some labor on the lord's land. The process had run its course when the other economic and social pressures of the late Roman Empire forced local aristocracies to flee to the countryside in search of a new freedom defined in terms of «*what* one wanted to be free from» and new a existence that «according to the ideas of the time was a worthy one». The ultimate outcome was the manorial estate ⁽⁸²⁾.

Weber's mention of freedom and the increasing visibility of the ethical dimension of his analysis at precisely the point in history where necessary forces seemed to overpower the individual suggest the depth of his conviction that norms of free and responsible action were necessary to make human affairs intelligible. Indeed, he maintained that the «decisive factor» in this phase of Roman history was a development with obvious «moral significance», the gradual «cutting free» of the individual «from the common house-

⁽⁸¹⁾ WEBER, *Die römische Agrargeschichte*, pp. 238, 242, 272-273

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, pp. 248-262, 264.

hold of the country villa». Allowing as it did the rise of the rural masses from slavery to relative personal independence and monogamous family life, it represented an «element of deep inner healing» within Roman society, something for which «the sinking of the 'upper ten thousand' back into a centuries-long period of barbarism represented by no means too high a price» (83).

Weber had by this stage clearly passed beyond the relatively narrow discussion of legal principles and empirical processes. However, the issues remained much the same. He was now harmonizing moral and broad historical developments on a grand scale within the context of an entirely new device, the ideal picture. As if to confirm this, he concluded by sketching in broad strokes the progress of Roman history in terms of the liberal ethical universalism he had admired in Channing's writings. The Republic had «consciously obliterated» national feeling through the organization of the world into a federation of *municipa*. Then the Empire had «cleared away» what Weber termed «the local patriotism of the urban communities», so that it could no longer constitute a «psychologically effective factor». What filled the gap, the «idea of cosmopolitanism», because of the political decline of the Empire «took root and bore fruit not as a political but as a religious force». In the end the Empire passed away, but the unity of mankind that it had promoted, because it had been impressed in religious form upon the consciousness of even the most lowly of Christian Europe's inhabitants, now «could unfold its influence» in the form of a new «ideal picture» (84).

Weber's attribution of such moral significance to empirical processes is understandable. However, it was not something he would refrain from doing when he began to draw these scattered points on method together, remove their inconsistencies, and add to them the concept of value neutrality. On the contrary, he became increasingly convinced of the necessity of this attribution. Because it possessed a direct counterpart in the discussion of the responsibility of power, it became the link between science and politics in his thought. Whether the moral significance he was

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

(84) *Ibid.*, p. 278.

sensitive to emerged directly through the values and actions of free individuals, or whether it emerged indirectly through a logic of events that constrained individuals and shaped their values and actions, it presented Weber with means of developing ideal pictures that stabilized and coordinated the disparate elements of social reality, a means he became thoroughly dependent upon in both his scientific and political thinking.

7. *From Roman Agrarian History to German Agrarian Politics.*

Weber's work on Roman agrarian history had its desired effect on his career. It allowed him to habilitate, and in the spring of 1892 he became a *Privatdozent* at the University of Berlin. But while the university was now providing Weber with a path to personal independence, the next important stage of his intellectual development took place outside its confines.

Early in 1892 the *Verein für Socialpolitik* invited Weber to participate in analyzing extensive empirical data that it was beginning to collect for a research project on the condition of agricultural workers in Germany⁽⁸⁵⁾. He accepted and was assigned the materials gathered in the region east of the Elbe. This was a momentous assignment, for it placed Weber at the center of one of the most important political controversies in Germany at the time. He thus suddenly emerged from the quiet study of a classical scholar into the noisy political arena of the present.

In some ways, however, the transition was not as abrupt as it might at first appear. Since the beginning of the nineteenth century many German historians and intellectuals had seen a close inter-connection between Roman history and contemporary social and

(85) Martin RIESEBRODT, *Editorischen Bericht*, in Max WEBER, *Max Weber Gesamtausgabe*, ed. Horst Baier et al. (Tübingen, 1984-), division I, vol. 3, *Die Lage der Landarbeiter im ostelbischen Deutschland*, ed. Martin Riesebrodt, 3: 18-28 (division I of works edition hereafter cited as *MWG*). For a comparison of Weber's performance with those of his five colleagues see Vernon K. DIBBLE, *Social Science and Political Commitments in the young Max Weber*, in *Archives européennes de sociologie* 9 (1968): 92-110. On this episode in general see Keith TRIBE, *Prussian agriculture—German Politics: Max Weber 1892-7*, in *Economy and Society* 12 (1983): 181-226. Tribe surveys the previous literature in *ibid.*, pp. 218-219, note 6.

political issues. In the early decades of the century, a widespread feeling arose among these individuals that the history of early Roman society could shed more light on the problems of their own society than the ideals of ancient Greece. Their primary concern was with early Roman institutions, in particular private property in land and its origins, as well as conflicts between social classes. Within this complex of issues they tended to focus on the free peasantry of the early Republic. Here, they felt, was a class that embodied patriotism and civic virtues, that displayed admirable military prowess, and that was able to bring about social progress with a minimum of social upheaval⁽⁸⁶⁾. Doubtless the most important figure to approach Roman history from this perspective was Barthold Georg Niebuhr.

Niebuhr began his investigations into Roman history with a firm belief that the agrarian situation in early Rome possessed far-reaching significance for the problem of peasant emancipation in his own time⁽⁸⁷⁾. He found particularly disturbing the use French radicals like Babeuf had made of examples from Roman history, such as the Gracchan land law, to defend their revolutionary demand for land redistribution. By demonstrating that the Roman agrarian laws had never been used to attack private landownership, Niebuhr hoped to defuse revolutionary threats and to defend what he saw as the just cause of peasant emancipation⁽⁸⁸⁾.

In fact memoranda written by Niebuhr while in Prussian service contributed to the formulation of the Edict of October 9, 1807 whereby feudal distinctions in Prussia were formally done away with. However, subsequent developments left Niebuhr bitter and disillusioned⁽⁸⁹⁾, and in the decades that followed his death in

⁽⁸⁶⁾ Zwi YAVETZ, *Why Rome? Zeitgeist and Ancient Historians in Early 19th Century Germany*, in *American Journal of Philology* 97 (1976): 290, 292, and passim.

⁽⁸⁷⁾ See Alfred HEUSS, *Barthold Georg Niebuhrs wissenschaftliche Anfänge, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse, III*, vol. 114 (Göttingen, 1981); Arnaldo MOMIGLIANO, *New Paths of Classicism in the Nineteenth Century*, in *History and Theory* 21 (1982) Beiheft 21: 7-14; Karl CHRIST, *Römische Geschichte und deutsche Geschichtswissenschaft* (Munich, 1982), pp. 39-42.

⁽⁸⁸⁾ MOMIGLIANO, *New Paths of Classicism*, pp. 8-10.

⁽⁸⁹⁾ HEUSS, *Niebuhrs wissenschaftliche Anfänge*, pp. 396-407, 411-414.

1831, the agrarian situation in Prussia east of the Elbe became one of the most important sociopolitical problems in modern German history.

The sturdy independent peasantry Niebuhr and others had hoped for failed appear in Prussia, and instead the Junkers were able to maintain their position in the countryside, although with increasing difficulties as the century wore on. Early governmental actions forced peasants to surrender a significant portion of their land to their lords and restricted the number of peasants who were eligible to have their tenure adjusted. In this way the Junkers were able to consolidate and extend their holdings, were freed from their former obligations to their peasants, and retained an abundant supply of labor⁽⁹⁰⁾. Moreover, they retained much of their old position of local patriarchal political and administrative responsibility.

Within this new situation there arose new classes of agricultural workers. The most important of which were the *Instleute* or estate day laborers, a group that became the central focus of Weber's research. The *Instleute* were hired under yearly contracts that placed their entire family in the estate owner's employ. They were housed in cottages he provided, received their wages primarily in kind — typically a percentage of the crop — and were generally allotted small plots to work for themselves⁽⁹¹⁾. In sum, the drive for agricultural modernization created in the *Instleute* a semifeudal class subject to the patriarchal authority of the estate owner.

In the second half of the century, agriculture in the east encountered a series of new and increasingly troublesome developments, developments that set the scene for Weber's investigation. Foreign competition forced grain prices down despite protective legislation⁽⁹²⁾. Simultaneously, the movement of the rural popula-

⁽⁹⁰⁾ Frieda WUNDERLICH, *Farm Labor in Germany 1819-1945* (Princeton, 1961), pp. 8-9; Friedrich LÜTGE, *Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, 3rd ed. (Berlin, 1966), pp. 437-438.

⁽⁹¹⁾ See Alan RICHARDS, *The Political Economy of Gutswirtschaft*, in *Comparative Studies in Society and History* 21 (1979): 487; WUNDERLICH, *Farm Labor*, pp. 17-18.

⁽⁹²⁾ Sarah Rebecca, TIRRELL, *German Agrarian Politics After Bismark's Fall* (New York, 1951), pp. 20-28; Hans-Jürgen PUHLE, *Agrarische Interessenpolitik und preußischer Konservatismus im wilhelminischen Reich 1893-1914* (Hanover, 1966), p. 17.

tion to the cities and overseas created a shortage of agricultural labor. The introduction of machinery and new cash crops such as the sugar beet made this problem worse by creating a strong seasonal demand for agricultural workers. To meet their labor needs, the Junkers turned to Polish migrant workers, which served to aggravate the nationalities issue in the east.

In 1885 and 1886 the government attempted to meet these developments with two measures, the exclusion of Polish migrant workers and expulsion of nonnaturalized Polish residents and a program of internal colonization that would settle German peasants on tracts purchased from Polish landowners⁽⁹³⁾. However, by the early 1890s the agrarian front had fallen into disarray. Tariffs on grain were reduced, in 1890 Caprivi reopened the borders to Polish migrant workers, and the colonization program proved ineffective. These developments eventually led to the rise of new pressure groups, such as the *Bund der Landwirte* and the *Deutsche Ostmarkenverein*, which made the political situation even more difficult⁽⁹⁴⁾.

The Board of Directors of the *Verein für Sozialpolitik* hoped to help resolve these problems. To this end they planned to investigate the conditions of agricultural workers, the causes and degree of the labor shortage, and the consequences of the readmission of the Poles⁽⁹⁵⁾. In Weber they had someone who could prove particularly useful, for his approach to Roman history was well adapted to the new agrarian situation. Among German historians of the nineteenth century, he was the first to deemphasize the issue of the origins of private landownership in Rome in favor of the question of «the relation between private and state land-ownership in

⁽⁹³⁾ William W. HAGEN, *Germans, Poles, and Jews* (Chicago, 1980), pp. 12-136; Johannes NICHTWEISS, *Die ausländischen Saisonarbeiter in der Landwirtschaft der östlichen und mittleren Gebiete des deutschen Reiches* (Berlin, 1959), pp. 29-30; Hans-Ulrich WEHLER, *Krisenherde des Kaiserreichs 1871-1918*, 2nd ed. (Göttingen, 1979), p. 189-192; Roland BAIER, *Der deutsche Osten als soziale Frage* (Cologne, 1980), pp. 26-88.

⁽⁹⁴⁾ HAGEN, *Germans, Poles, and Jews*, pp. 159-176, 208-224, 266-287; WUNDERLICH, *Farm Labor*, pp. 26-27; WEHLER, *Krisenherde*, p. 192; BAIER, *Der deutsche Osten*, pp. 79-85; Richard Wonser TIMS, *Germanizing Prussian Poland* (New York, 1941), pp. 11-29.

⁽⁹⁵⁾ Martin RIESEBRODT, *Einleitung*, in *MWG*, 3: 8; PUHLE, *Agrarische Interessenpolitik*, pp. 23-140.

historical times», a matter involving large landed estates and a declining peasantry that seemed highly suggestive for contemporary Prussia ⁽⁹⁶⁾.

Weber thus found the transition as easy as it was welcome, and because of the enormous political significance of his new field of research, he prolonged his study of it well past the point where his obligations to the *Verein* had been fulfilled. The intellectual task he now faced was to take the analytic method he had begun to work out when dealing with a historical epoch that had run its course and apply it to an open-ended process that lacked the optimum balance between freedom and necessity, morality and objective social realities, that history formerly seemed to guarantee as a matter of course. In addition, given the nature of the project and his own aspirations, he would also have to show how that method could be applied to strike that balance, in other words, how it could be used to identify and assume the responsibility of power.

Weber was greatly helped along in his task by the research methods the *Verein* had chosen, those of the *enquête*. Since the term referred to an official investigation into matters of fact, whether in the judicial, administrative, or legislative spheres, it did not, properly speaking, apply to the activities of a private organization such as the *Verein* ⁽⁹⁷⁾. However, because the *Verein's* members desired to use concrete social research to support the state intervention they believed could lead to a peaceful resolution to the social question, their investigations began to take on the form of private *enquêtes*. This had an enormous impact on their understanding of social research, for however varied *enquêtes* might become

⁽⁹⁶⁾ MOMOGLIANO, *New Paths of Classicism*, p. 28. On this issue see Wolfgang SCHLUCHTER, *De autoritär verfaßte Kapitalismus*, in *Rationalismus der Weltbeherrschung* (Frankfurt, 1980), pp. 134-169.

⁽⁹⁷⁾ *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 3rd ed., s.v. «Enquête» by Wilhelm STIEDA, pp. 949-959. This fact was reflected in the failure of the *Verein's* earliest investigations to assume the *enquête* form, and the concentration of the *Verein's* earliest discussion of the *enquête* on promoting effective official *enquête* procedures that could aid German social legislation. See G. EMBDEN, G. COHN, and W. STIEDA, eds., *Das Verfahren bei Enquêtes übersociale Verhältnisse*, Schriften des Vereins für Socialpolitik, vol. 13 (Leipzig, 1877).

in their outward form ⁽⁹⁸⁾, there was one thing that an *enquête* most definitely was not. It was not a means of collecting exhaustive statistical data that could assist in identifying general lawlike regularities within social phenomena. It was a limited and highly focused investigation which prepared the way for the legislative process. That the *enquête* harmonized well with the social aims of the *Verein* goes without saying. But what is more important, because of the interdependence of science and politics it created, is the way the *enquête* harmonized with the more purely scientific currents of thought in that organization.

Suspicious of both the classical economists' abstract theories and attempts, following Quetelet, to derive general social laws from collections of statistics, the members of the historical school of economics who founded and dominated the *Verein* valued the *enquête* because it accomplished something similar to what they held to be the goal of their academic research. It allowed one to avoid mechanistic abstractions and go beyond dry data to grasp what was specific to the individual case at hand ⁽⁹⁹⁾. It also allowed one to dwell on the ethical and political dimensions of social developments, something that was never far from the minds of the members of the historical school ⁽¹⁰⁰⁾.

All this corresponded closely to the problems Weber had been grappling with, and thus *enquête* procedures would prove as congenial to him as to his predecessors. Indeed, nothing could have

⁽⁹⁸⁾ This was a subject of much discussion. As the *Verein's* experts on the topic noted, there was no standardized official *enquête* form. Standing bodies or special commissions, each composed of either permanent bureaucrats or experts engaged for the occasion, could carry out *enquêtes*. Procedures could be oral or written and might or might not make use of a questionnaire. See STIEDA, *Enquête*, pp. 951-953; G. EMBDEN, *Wie sind Enquêtes zu organisieren?* in *Das Verfahren bei Enquêtes*, pp. 1-15; Irmela GORGES, *Sozialforschung in Deutschland 1872-1914* (Königstein/Ts., 1980), pp. 183-184.

⁽⁹⁹⁾ Ulla G. SCHÄFER, *Historische Nationalökonomie und Sozialstatistik als Gesellschaftswissenschaften* (Cologne, 1971), pp. 197-199.

⁽¹⁰⁰⁾ Such preferences had deep roots in German social thought. See Horst KERN, *Empirische Sozialforschung* (Munich, 1982), pp. 19-36; Paul F. LAZARSFELD, *Notes on the History of Quantification in Sociology*, in *Isis* 52 (1961): 283-294; FERDINAND FELSING, *Die Statistik als Methode der politischen Ökonomie im 17. und 18. Jahrhundert* (Leipzig, 1930).

provided a better setting in which to work out the research methods he required in order to fulfill his personal aspirations. The *Verein's* initial programmatic statements show clearly that this is what it was offering him. The members of the Board of Directors announced that their basic purposes were «to ameliorate existing evils in the overall situation of the worker, to remedy unsatisfactory conditions, to oppose successfully unjustified demands, and to be able to exercise timely influence on public opinion and with it the course of legislation» (101). They chose as their main tool a questionnaire to be sent to some 3180 agriculturalists in Germany. According to one of the *enquête's* chief organizers, this questionnaire would make possible collection of «the necessary numerical data concerning wage levels, piece work rates, remuneration in kind, and total yearly earnings of a worker and his family». Then the data would be turned over for «compilation» to a «man thoroughly familiar with the conditions» in the district in question. In the finished account «one [hoped] to obtain in the place of a dry set of tables containing exclusively statistical data, a sum of interesting portrayals which, nonetheless, do not lack the necessary numerical data and the requisite evidence» (102).

In fact the search for «interesting portrayals» was quickly expanded. The *Verein* soon supplemented its original «special questionnaire» used to collect basic data with a «general questionnaire», containing value laden questions concerning the qualitative characteristics of social relations (e.g., «Do patriarchal relations in the good sense of the word still exist?»), as well as questions regarding morality and subjective attitudes and expectations (103).

This is how things stood when Weber appeared on the scene. His involvement was to culminate in one of the key documents in the entire corpus of his writings, the *Freiburger Antrittsrede* delivered in 1895. The importance of this document lies in the way it represents the final stage of a process in which all of Weber's ideas

(101) Board of Directors of the *Verein für Socialpolitik* to German Agriculturalists, December 1891, in *MWG*, 3: 36.

(102) Hugo Thiel to various German agricultural associations, 3 July 1891, in *MWG* 3: 35.

(103) For the texts of the questionnaires, see *MWG*, 3: 34-47.

on both ethics and science converged into a single conception of the nature and purpose of social science, a conception that placed the responsibility of power at the center of the social scientist's attention. This process involved extensive reflections on his original findings published by the *Verein* in late 1892, and it is to these that one must turn first.

Weber held that the worker's question, whether industrial or agrarian, involved problems within the reciprocal relationship between employer and employee. Such a relationship is, as already noted, a particular manifestation of one of the three fundamental elements of power, domination, and it was in this way that the question of the responsibility of power entered into Weber's analysis⁽¹⁰⁴⁾. Weber's findings fell into two interrelated components, a discussion of the various agrarian *Arbeitsverfassungen* found in East Elbian Germany, objective institutional arrangements enclosing the reciprocal power relationship between employer and employee, and a discussion of the factors, both objective and subjective, creating a developmental tendency within these institutional arrangements. He worked under the basic assumption that «the most important problem for every agrarian *Arbeitsverfassung*» was the way it dealt with the problem of the seasonal demand for labor. On the large estates of East Elbian Germany, variations in the seasonal demand for labor led to the division of agricultural workers into two major groups. These were «workers bound by contract» who «lived on the estate itself and who were obligated to work continuously by a fixed contract», and «so-called 'free' workers» who worked either temporarily or for extended periods of time but not on the basis of a fixed contract⁽¹⁰⁵⁾. For Weber, this division created a division between two different types of reciprocal power relationships, and each possessed far-reaching implications for the responsibility of power in contemporary Germany.

⁽¹⁰⁴⁾ See DIBBLE, *Social Science and Political Commitments*, pp. 99-101. On the importance of a reciprocal power relationship for the creation of a «workers question», see MAX WEBER, *Referat: Die ländliche Arbeitsverfassung*, in *Verhandlungen der am 20. und 21. März 1893 in Berlin abgehaltenen Generalversammlung des Vereins für Socialpolitik*, Schriften des Vereins für Socialpolitik, vol. 58 (Leipzig, 1893), p. 64.

⁽¹⁰⁵⁾ MAX WEBER, *Die Lage der Landarbeiter im ostelbischen Deutschland* in *MWG*, 3, 68-69.

Of the various types of contractually bound workers, Weber considered the *Instleute* to be not only the most important, but «socially and economically» the «by far most interesting category of agricultural workers in the east». Of the various elements characteristic of his position, Weber placed particular emphasis on the «intensive community of interests» between the *Instmann* and his employer produced by the large portion of his earnings made up of a percentage of the crop. Greater productivity and, insofar as he intended to sell some of his share, higher prices for agricultural products were as much in his interest as his employer's. The *Instmann* was thus a peculiar hybrid. Because of his legal-administrative situation, «the eggshells of servility» still clung to him. But because of his interest in the success of estate, he was «almost like a partner» with the lord. He had the «position of a small entrepreneur»⁽¹⁰⁶⁾.

The «' free ' workers» were so called because «in general they were... not subject to the police and judicial powers of the estate owner». They had no yearly contract, and they received money wages. In their case no elements of an older servile relation remained, and, above all, they had no community of interests with their employer. The employer sought high prices for his product, the free worker sought low prices for his food⁽¹⁰⁷⁾. In short, the free worker was a rural proletarian; the reciprocal power relationship between him and the estate owner was fundamentally capitalistic and conflictive.

For Weber, the real purpose of the *enquête* was to identify developmental tendencies within the agrarian *Arbeitsverfassung* in the east. His main concern was to determine whether the conjunction of an economic community of interests and a patriarchal power relationship between estate owner and *Instmann* would persist or whether changes would promote a new conflictive capitalistic relationship⁽¹⁰⁸⁾. This task was complicated by the very different types of phenomena he had to deal with.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibid.*, pp. 71-72, 79-81.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, pp. 94-95, 98.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibid.*, pp. 80, 108. On Weber's treatment of «developmental tendencies» in this episode see Martin RIESEBRODT, *Vom Patriarchalismus zum Kapitalismus*, in *KZSS* 37 (1985): 557-558.

In part he had to deal with objective institutional realities that seemed to follow a logic of their own. The main example of this was the situation the Junkers had to contend with. They were under tremendous pressure to depart from traditional arrangements. To preserve their economic position — and thus their political position vis à vis the bourgeoisie — the Junkers had to transform themselves into «entrepreneurs who operate according to purely commercial criteria» (109). Falling grain prices and foreign competition forced them to modernize, to become more capital intensive, and to shift to root crops, especially the sugar beet. Because such innovations produced greater fluctuations in the seasonal demand for labor, their demand for workers on yearly contracts fell, and their demand for seasonal free workers rose. To fill their new labor requirements, the Junkers turned increasingly to Polish migrant workers (110).

There were also important subjective factors at work, of a somewhat arbitrary and changeable character. These could be seen in the reaction of workers to changing forms of remuneration. In general, there had been a clear movement from «‘irrational’ natural wages» to rational money wages, a process that frequently led to a rise in workers’ living standards. This seemed to reflect the simple logic of economic maximization. However, Weber maintained that such things were of secondary importance for those who wanted to read «the signs of the times», that is, those who wanted to perceive developmental tendencies. The crucial factor was not the simple size of a worker’s income. Rather it lay «*exclusively*» in something much more complex, «the question of how the interests of employer and employee are related to each other and the *economic interest position* and *social stratification* of the worker» (111). In other words, it lay in the types of responsibilities the worker had to assume and the way his income was bound up in a certain type of power relation with his employer.

The point shows how inseparable the moral dimension was

(109) MAX WEBER, *Entwicklungstendenzen in der Lage der ostelbischen Landarbeiter*, in *Preussische Jahrbücher*, 77 (1894): 440-441.

(110) WEBER, *Die Lage der Landarbeiter*, p. 902.

(111) *Ibid.*, 900-903. See also IDEM, *Privatenquäten über die Lage der Landarbeiter 1*, in *Mitteilungen des Evangelisch-sozialen Kongresses*, 1 April 1892, p. 3.

from Weber's concept of developmental tendencies, indeed how fundamental this dimension was to the concept. Weber supported his contention by pointing out how ethical views, broadly conceived as a general outlook on life, were influencing the actions of workers. The Junkers preferred the Poles because they were satisfied with lower wages, created no social welfare obligations, and were more docile than German workers, knowing that a nod from their employer could send them back across the border ⁽¹¹²⁾. To be sure, the Junkers were simply acting like rational economizers, and, to a certain extent, the Poles were caught up in circumstances that were not of their own making. But insofar as wage rates were concerned, Weber seemed to think, as he would later confirm quite explicitly, that they were acting on the basis of something rooted in their general outlook on life. The Germans showed the impact of the moral dimension much more clearly. They were becoming more individualistic. They sought «a separation from the patriarchal house and economic community at any price». They were motivated by «the powerful and purely psychological magic of freedom ⁽¹¹³⁾, something confirmed by German worker's tendency to leave precisely the regions where economic conditions were most favorable ⁽¹¹⁴⁾.

The importance of the moral dimension forced Weber into an evaluative mode of analysis that drew the question of the responsibility of power to the fore. Agrarian life was not simply undergoing a technical economic transformation. There was a fundamental change in the way power was perceived and used within society, a change inherently dangerous and threatening to run out of control. Indeed, if present tendencies continued, «German culture in the east [would] be faced with a matter of life or death» ⁽¹¹⁵⁾. These tendencies were destroying the existing order «without something of equal value being set in its place». On the old landed estates, the Junkers had controlled the reins of local economic and political power, and they had done so responsibly, that is, in the

⁽¹¹²⁾ WEBER, *Die Lage der Landarbeiter*, pp. 914-915.

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*, pp. 919-920.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibid.*, pp. 312-314.

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 927.

interest of all. Moreover, this had far-reaching implications for German politics. The structure of the estates was «an image and foundation of the strict organization of the state». Besides serving as the material foundation of a responsible ruling class, the estates had been a source of psychologically obedient young men who understood the meaning of «' bounden duty '» and who became «the capital with which Prussia fought its battles». But such estates had passed into history and were being replaced by «the capital-istically organized large estate» which «existed... at the cost of the level of subsistence, the nationality, and the military potential of the German east» (116).

The danger seemed so uncontrollable because the moral dimension of the situation was caught up in the objective institutional dimension, and this created what Weber referred to repeatedly as «mass phenomena» (117). These were seemingly beyond the control of individuals, much like the developments in late imperial Roman agrarian history, making free and responsible action appear out of the question. The Junkers were simply responding rationally to «the current conditions of competition» and «the difficulty of the labor market», and everything else followed suit. As a result, «the effectiveness of the tendencies of development inherent in [the situation were] independent of what the individual does or leaves undone» (118). There was no «' guilt '» or «' innocence '» in this upheaval. Indeed, «the force of the economic transformation at the moment is such that it regularly excludes the *responsibility* of the individual even for the psychological consequences which this transformation brings with it» (119).

As institutional factors and moral ones diverged, the elements of power became increasingly discoordinated, and the possibility of responsible action of any kind became increasingly remote. While something similar appeared to have happened in Roman agrarian history, there forces seemed to conspire to bring about a final result

(116) *Ibid.*, pp. 915-917.

(117) *Ibid.*, p. 62; IDEM, *Privatenquäten* 1, p. 3.

(118) WEBER, *Die Lage der Landarbeiter*, p. 915.

(119) MAX WEBER, *Privatenquäten überdie Lage der Landarbeiter* 3, in *Mitteilungen des Evangelisch-sozialen Kongresses*, 1 July 1892, p. 5. italics added.

that, on the whole, was progressive. In the present case developments seemed to be forcing society toward a meaningless unordered chaos where it would be impossible to speak of developmental tendencies at all. While Weber seemed to have set himself a hopeless task, if he wanted to continue to speak about such tendencies, he had to move from evaluation to prescription.

To do this, Weber turned to his ideal pictures. By reaffirming their connection with the problem of developmental tendencies and linking this problem up with the nature and purpose of *enquête* procedure, he began to move them in a direction where they would eventually attain a prescriptive and thus political function. He linked them to *enquête* procedure by noting that, as intended, the *Verein's* findings could «not claim the character of *statistical data*». The *enquête* did not strive for «exhaustive comprehension of the total complex of facts» but rather «the attainment the most *typical data possible*» (120). The various *Arbeitsverfassungen* found in East Elbian Germany defined typical forms of social life and made each *Arbeitsverfassung* a distinct ideal picture. For instance, Weber described his analysis of the *Instmann's* budget as an «*Idealbild*» that provided the main characteristics of the *Instmann's* position as a whole (121).

Weber then maintained that one could perceive developmental tendencies themselves by noting how «reality» came into «opposition» with such pictures (122). The possible sources of opposition Weber postulated opened the door to the merging of prescriptive with descriptive discourse. One source could be phenomena, such as a fall in the world market price for grain, whose effects seemed as inexorable as any laws of nature. However, Weber had long since determined that ideal pictures included nonempirical values and norms that were not subject to predictable structural regularities, and this made such seemingly inexorable phenomena only part of a larger process whose direction was much less certain. These normative phenomena were a second source of opposition between ideal pictures and reality, and because the opposition they produced was uncertain and changeable, the ultimate direction of develop-

(120) WEBER, *Die Lage der Landarbeiter*, p. 886.

(121) WEBER, *Privatenquêteen* 1, p. 3.

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

mental tendencies would likely depend on them. Weber stated as much for the case he was dealing with when he pointed out that it was «precisely upon [the] *subjective* opinion of the worker that things depend[ed]» (123). Only by getting at the workers' own perceptions, how they felt about «the various types of compensation» existing in the countryside, could one break through the frequent «opposing tendencies» and the «numerous transitional forms» to the real developmental tendency in the east (124).

But — and this is where Weber's methodological position of 1892 remained inadequate — while things might *depend* on the subjective opinions of the workers, there was no guarantee that these would produce anything like a coherent developmental tendency. On the contrary, they might work in conjunction with the objective features of the situation to bring about increasing chaos. Weber had broached the question of prescription, but because the force of «mass phenomena» was so great, he failed to follow through and answer it. At most, he could claim that «the future of the German east depends upon whether one draws the conclusions from this situation decisively». But in 1892 Weber had little to say about what this meant, other than to proclaim that the Kings of Prussia were members of a dynasty that was cut out for something better than «to rule over a rural proletariat without a fatherland and over a Slavic migratory people [existing] alongside Polish small peasants and depopulated latifundia»; it was rather a dynasty meant to rule «over German peasants alongside a class of large landholders whose workers are conscious that they can find their future at home in an ascent to independent existence» (125).

8. *Identifying the Link Between Scientific and Moral Intelligibility.*

The conclusions Weber was speaking of were thus an intensification of the government's colonization policy and perhaps a

(123) *Ibid.*; IDEM, *Privatenquäten überdie Lage der Landarbeiter 2*, in *Mitteilungen des Evangelisch-sozialen Kongresses*, 1 June 1892, pp. 5-6.

(124) WEBER, *Privatenquäten 1*, p. 5. On why the *Verein's* enquête was not able to accomplish this, see IDEM, *Die Erhebung des Vereins für Sozialpolitik überdie Lage der Landarbeiter 1*, in *Das Land 1* (1893): 8.

(125) WEBER, *Die Lage der Landarbeiter*, pp. 928-929.

return to Bismarck's exclusionary policy toward the Poles ⁽¹²⁶⁾. However, these were nothing new, and given his concern for the aimless drift of events in the east, the weight of his remarks really rests on the issue of decisiveness. His call was for a new moral and political consciousness, one that embodied a clear understanding of the responsibility of power in the given circumstances. Weber now began to move this issue to the center of his attention.

He was spurred on in this by the appreciative reception his initial report to the *Verein* received in conservative circles. The editors of the conservative *Kreuzzeitung* found Weber's various remarks on the past services of the Junkers particularly useful in their battles with the liberal press ⁽¹²⁷⁾. As Weber later noted, one could only make such use of his remarks by ignoring everything he had to say about possible future developments ⁽¹²⁸⁾. He explained in his defense that he had not wished to ascribe «personal merit» to the Junkers, but rather «a relative merit» in recognition of «the form of the social organization» they had created ⁽¹²⁹⁾.

He admitted that perhaps he had «gone somewhat too far» in this direction, but he did so because he believed that «in the interest of objectivity», it was necessary «to repress the antipathy toward the eastern large landowners which is naturally characteristic of us liberals» ⁽¹³⁰⁾. The problem with this is that «objectivity» could not mean all that much in an *enquête* of the *Verein für Sozialpolitik* and even less in one guided by Weber's understanding of developmental tendencies. This is the starting point of Weber's critique of objectivity in the social sciences, which he was forced to

⁽¹²⁶⁾ See *ibid.*, p. 921.

⁽¹²⁷⁾ *Klagen des östlichen Großgrundbesitzes*, in *Neue Preussische (Kreuz-) Zeitung*, 2 February 1893 (Evening Edition), p. 1. This article was in response to an article with the same title appearing in the liberal *National Zeitung*, 2 February 1893 (Morning Edition), p. 1. See, in particular, the concluding remarks of the *National Zeitung's* editors in which they attempted to draw upon the lessons of Roman agrarian history in order to warn against the dangers of «agrarische Uebertreibungen».

⁽¹²⁸⁾ MAX WEBER, *Zum Preßstreit über den Evangelisch-sozialen Kongreß*, in *Die christliche Welt*, 12 June 1894, p. 670.

⁽¹²⁹⁾ Weber to Lujo Bretano, 20 February 1893, in *Jugendbriefe*, p. 365.

⁽¹³⁰⁾ *Ibid.*

undertake because of the responsibility his collaboration with the *Verein* brought with it.

Weber was, in fact, already laying down the lines he would follow in this new phase before the publication of his report. One can see this clearly in his defense of the activities of his colleague in the *Evangelisch-soziale Kongreß*, Paul Göhre⁽¹³¹⁾. Göhre had achieved considerable celebrity through a book he published in 1891 entitled *Drei Monate Fabrikarbeiter und Handwerksbursche*. The book contained an account of his experiences during a three-month stint spent in working incognito as a «common workman» in a Chemnitz machine shop. He had undertaken this project as a result of his longstanding interest in the social question «from a religious and ecclesiastical standpoint»⁽¹³²⁾. Given the increasing Social Democratic agitation in the period following the repeal of the Socialist Law in 1890, Göhre was guaranteed a ready audience for his findings.

The book stands today as something of a landmark in the history of empirical social research, but at the time it was noteworthy largely on account of Göhre's findings on the worker's religious and moral outlook. He maintained that «materialistic Social Democratic influence» had destroyed the working man's attachment to traditional religion⁽¹³³⁾. But while the authority of the Bible had been irreparably damaged, this did not validate the materialist world view or undermine religion⁽¹³⁴⁾. Göhre believed that, on the contrary, Marxism was a «caricature» of a science and that one could use «modern genuine science» for assistance in

⁽¹³¹⁾ On Göhre see KERN, *Empirische Sozialforschung*, pp. 102-103; Anthony OBERSCHALL, *Empirical Social Research in Germany 1848-1914* (Paris, 1965), pp. 28-30; On the important role played in the *Evangelisch-soziale Kongreß* by an ideal of individuality and cultivation of personality similar to the one Weber adhered to, see Harry LIEBERSOHN, *Personality and Society: The Protestant Social Congress, 1890-1914* (Ph. D. diss., Princeton University, 1979), pp. 61-75, 94-107; The long-term importance such an ideal had for the whole of Weber's thought has recently been observed and stressed in Rogers BRUBAKER, *The Limits of Rationality* (London, 1984), pp. 91-112.

⁽¹³²⁾ Paul GÖHRE, *Drei Monate Fabrikarbeiter und Handwerksbursche* (Leipzig, 1891), pp. 1, 8.

⁽¹³³⁾ *Ibid.*, p. 190.

⁽¹³⁴⁾ *Ibid.*, pp. 156, 218.

defending the core of Christianity⁽¹³⁵⁾. The demands of the Social Democrats were justifiable insofar as they rested on the workers' desire for recognition of their dignity and maturity. Because of this desire, the labor question had become as much a spiritual as a material issue. The workers' «ardent longing... for more respect and recognition» meant, above all, that «the time of patriarchal methods [was] past»; the working class would not be treated as «merely the dumb and intellectually barren tools of a superior will»⁽¹³⁶⁾.

Not surprisingly, Göhre's radicalism soon brought the wrath of the conservative Protestant establishment down upon him. Of particular interest here are the comments of the theologian Hermann Cremer. According to Cremer, in his «youthful immaturity» Göhre had failed to understand the significance of sin, the source of «the magic with which the materialistic world view draws men to it»⁽¹³⁷⁾. Cremer also attempted to minimize what one could accomplish through investigations such as Göhre's, claiming that his three months could only gain him the most superficial knowledge⁽¹³⁸⁾.

The editor of the liberal Protestant periodical *Die christliche Welt* asked Weber to comment on this affair, and Weber responded by defending Göhre with a sharpness of tone bordering on sarcasm. This was doubtless partly due to his concern for the plans of the *Evangelisch-soziale Kongreß* to undertake an agrarian labor *enquête* focusing on the subjective factors he felt had been neglected by the *Verein*, an *enquête* to be carried out by Göhre's own colleagues, the ministers in the countryside⁽¹³⁹⁾. In light of these plans, Weber

⁽¹³⁵⁾ *Ibid.*, pp. 216, 218.

⁽¹³⁶⁾ *Ibid.*, pp. 213, 215.

⁽¹³⁷⁾ Hermann CREMER, *Die Aufgabe und Bedeutung der Predigt in der gegenwärtigen Krisis*, 2nd ed. (Berlin, 1892). Quoted in Ernst Rudolf BIERLING, *Die Predigtaufgabe unsrer Kirche gegenüber der Sozialdemokratie*, in *Die christliche Welt*, 10 March 1892, p. 232. On Cremer, see esp. Erich SCHAEFER, *Gedächtnisrede auf Hermann Cremer, Beiträge zur Förderung christlicher Theologie*, vol. 32, no. 3 (Gütersloh, 1929).

⁽¹³⁸⁾ Herman CREMER, *Die Predigtaufgabe unsrer Kirche gegenüber der Sozialdemokratie*, in *Die christliche Welt*, 3 November 1892, pp. 1035-1036.

⁽¹³⁹⁾ See Max WEBER, *Die Erhebung des Evangelisch-sozialen Kongresses über die Verhältnisse der Landarbeiter Deutschlands*, in *Die christliche Welt*, 1 June 1893, pp. 535-540; *idem*, *Monographien von Landgeistlichen über die Lage der Landarbeiter*, in *Sozialpolitisches Centralblatt*, 27 November 1893, pp. 101-103; LIEBERSOHN, *Personality and Society*, pp. 34-41.

clearly held Cremer's attack to be particularly regrettable, for he perceived a moral dimension in Göhre's book, and, as one might expect, this seemed to demonstrate a necessary connection between social research and social ethics that could be obscured only with the direst consequences for both ⁽¹⁴⁰⁾.

Weber asserted that «everyone who is seriously concerned with the methods of scientific *enquetes*» understood that there were «numerous and extremely important 'imponderables' attached to the labor question» that could be discovered only with the type of research Göhre had used. Statistics, however accurate, did not allow one reach «the final decisive impulse, the dispositional reflexes in the hearts of men, something which under absolutely the same economic circumstance can vary enormously». But the real significance of this fact of social research lay in the realm of social ethics. Because Göhre had been able to get at such dispositional reflexes, «the interesting feature» of his book was «not a true specialized scientific one, but rather a practical sociopolitical one» involving the question of whether «it had brought the classes of the population... closer together» ⁽¹⁴¹⁾.

In Weber's opinion the work clearly had done so, and Cremer's inability to understand this demonstrated clearly the necessary connection between social research and social ethics. Cremer was the captive of attitudes that prevented him from perceiving the world about him. He manifested a «patriarchal way of viewing things» that led one to view workers as incapable of real maturity. He saw them simply as objects and not beings whose «intellect had emancipated itself from dependence upon tradition», who possessed «spiritual individuality», and who wanted not «forbearance» but rather «the recognition of their right» to think as they wished ⁽¹⁴²⁾.

In fastening on to «the patriarchal way of viewing things»,

⁽¹⁴⁰⁾ For a very important study that concentrates on a closely related theme see Wilhelm HENNIS, *Max Webers Thema*, in *Zeitschrift für Politik* 31 (1984): 11-52, esp. pp. 17-32.

⁽¹⁴¹⁾ Max WEBER, *Zur Rechtfertigung Göhres*, in *Die christliche Welt*, 24 November 1892, pp. 1105-1106. See also IDEM, *Die Erhebung des Evangelisch-sozialen Kongresses über die Verhältnisse der Landarbeiter Deutschlands*, in *Die christliche Welt*, 1 June 1893, p. 536.

⁽¹⁴²⁾ WEBER, *Zur Rechtfertigung Göhres*, pp. 1106-1107.

Weber had brought up the reciprocal dimension of power, and in emphasizing the workers' new drive toward freedom and individuality, he had begun to attach to it his power of moral differentiation. The patriarchal way of viewing things, like the estates of the east, had once served a purpose, and therefore had once been a valid way of viewing things. But this was no longer the case, and because his moral perceptions were distorted, someone such as Cremer was also incapable of seeing what was going on in the world around him. From this one can infer a necessary and salutary relationship between the ability to perceive a social situation and a corresponding moral posture. Such an inference directly associates the ability to perceive what is with an understanding of what ought to be. Thus it uncovers a moral wellspring for science and imparts the competence of science to morality. The point at which a balance between the two is struck is quite obviously the point which defines the responsibility of power.

9. *The Interdependence of Science and Politics.*

Given the problems facing Germany at the time, Weber's replacement for Cremer's attitudes was an outlook that balanced a «spirit of idealism» with the «resignation» induced by a «clear perception of the sober laws of social life», that is, an idealism tempered by an understanding of the problems created by mass phenomena ⁽¹⁴³⁾. By March 20, 1893, the date on which Weber delivered his oral report to the *Verein*, he was well on the way toward developing such a position. No longer bothered by qualms about «objectivity», he presented himself as an «enfant terrible» who he hoped would draw the fire of the estate owners. His focus was still upon «certain developmental tendencies in the *Arbeitsverfassung* of the east», but in the same breath he now coupled them with «certain highly political questions». This suggestive coupling meant that his real emphasis was now indeed to be on «practicable recommendations», and with this Weber's ideal pictures began to come into their own as aids in the formulation of policy ⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴³⁾ *Ibid.*, p. 1109.

⁽¹⁴⁴⁾ WEBER, *Referat*, pp. 62-63.

Weber's terminology now began to shift somewhat, as «types» became interchangeable with «pictures». He chose to concentrate on «a number of types of agrarian *Arbeitsverfassungen* that come into question practically and whose consideration can be of use and importance for discussing what *will, can, and ought* to happen in the countryside in the east» (145). This multidimensionality, that is, the relevance of Weber's types from the standpoint of the necessary, the contingent, and the normative dimensions of the situation, was something already inherent in the earliest use of his ideal pictures, but he now began to draw its significance into focus with a further methodological premise. He specified, as he would later emphasize in his mature writings on method, that his types were developed through «an intense overstatement of certain typical elements» in the phenomena under consideration, something that was «justified if one overstated precisely the really decisive elements» (146).

If this is so, then the critical problem becomes identifying «the really decisive elements». In one sense this is not difficult. The really decisive elements would be those that allowed one to harmonize what «will, can, and ought to happen» into a single coherent movement. Moreover, since the necessary and the contingent features of the situation were fixed, simply offering individuals an objective set of realities and a range of possibilities, respectively, the most decisive element had to be the normative one and the values it rested upon.

Weber's only real difficulty was thus to identify these values. He already possessed Channing's ideal of human perfection, and what he needed now was a means of adapting it to «the social order of states and the world». This means was readily at hand in the

(145) *Ibid.*, p. 64. Italics added. It should be noted that while Weber was beginning to use the word «types» to refer to what up until this time he had called «ideal pictures», there was still no use of the term «ideal types». Weber's use of the word «types» on this occasion was made by «referring back to the remarks of Herr Professor [Georg Friedrich] Knapp» (*ibid.*). Precisely what Weber meant by this is not clear. See Georg Friedrich KNAPP, *Referat*, in *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, vol. 58, p. 18. On the relationship between Weber and Knapp at this time, see RIESEBRODT, *Vom Patriarchalismus zum Kapitalismus*, pp. 550, 552-553.

(146) WEBER, *Referat*, p. 65. For an instance of this in the later mature writings on method, see *idem*, «Die Objektivität», p. 190.

dominant political principle of his time, the nation. A turn to the nation was a turn to nationalism, but it would be deceptive to see in it simply a reflexive acceptance of the nationalist rhetoric Weber had grown up with. On the contrary, it was inherent in the logic of the intellectual situation he had created for himself and the political situation he had entered into. Caught between the parochial self-interest of the Junkers and the universal but impracticable values of Channing, Weber was drawn to nationalism by its paradoxical ability to assign ultimate value to an intermediate, that is, less than ultimate, social unit. This ability is rooted in an «anthropological» assumption about the meaning of the nation, described by Leonard Krieger as the proposition that «the nation must be seen as the unit which is abstract enough to embody the human striving for ideals that transcend what is immediately realizable, and yet local enough to persuade men that these ideals have a basis in actuality and are thus ultimately realizable» (147).

For Weber this assumption was almost a necessity, and, implicitly making it, he «intentionally placed the national element in the foreground because it was, above all, the practical one» (148). The «typical elements» the nation obliged Weber to overstate went beyond what he had focused upon earlier. As one would expect, Weber maintained that in the east the large estates were the «typical and the economically and socially most important form of land holding», but he now stressed that they were also «the most dangerous enemy of our nationality» because they were «our *greatest Polonizer*» (149). The statement is not surprising, but it has a special meaning. The meaning was imparted to it by the element within the nation that Weber saw as the repository of universal values and as the means by which these values attained concrete historical form, the element of culture.

Weber brought culture into his analysis without formally defining it. However, his use of the term makes it clear that he thought of it as a complex of material and moral factors that in his

(147) Leonard KRIEGER, *Nationalism and Modern Germany*, in *Perspectives on the European Past*, 2 vols., ed. Norman F. Cnator (New York, 1971) 2: 214.

(148) WEBER, *Referat*, p. 73.

(149) *Ibid.*, pp. 68, 72.

own time he held was coterminous with a national unit. Because culture inhered directly within the nation's individual members, this heterogeneous mix, affecting as it did both the physical and the mental characteristics of the individual, made of the nation a sociobiological racial community. This, combined with the normative quality that culture possessed, gave to Weber's analysis a distinctly racist cast ⁽¹⁵⁰⁾.

This racism emerged in Weber's presentation of the paradoxical, inverse relationship that under certain circumstances — circumstances obtaining in East Elbian Germany — could exist between the physical and the moral needs of different cultural groups. For example, he claimed that in the German east, one was dealing with two biologically different racial stocks, «two nationalities with different bodily constitutions, differently constructed stomachs». However, the Poles, while physically tough, were morally less refined, and if one forced the Germans into competition with them, «German workers must step down a cultural level with respect to their needs.» This is precisely what the estates in the east were doing. They were driving «the cultural level, the subsistence level and needs» of the Germans down «to the level of a lower, more eastern stage of culture». In the German east, the ultimate effect of the paradox was that «compared with the lower culture, the higher culture is not superior but rather weaker in the struggle for existence» ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ In later life Weber's views on race became much more circumspect, but it is doubtful whether he ever surrendered them completely. The many attempts to exonerate him on this count, most recently that of Werner CONZE, (*Geschichtliche Grundbegriffe*, s.v. «Rasse», pp. 167-168), inevitably run aground on statements such as «I do not wish... to doubt... that... social institutions in their form are affected by the inherited qualities of races», and «what we expect from the racial biologists... and what we no doubt shall some day obtain from them, is the exact proof of... the overwhelming importance of concrete hereditary qualities for the concrete individual phenomena of social life» (Max WEBER, *Diskussionsbeiträge*, in *Verhandlungen des ersten deutschen Soziologentages*, Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie, vol. I [Tübingen, 1911], p. 156). Weber's remarks must, of course, be read in context, See *ibid.*, pp. 153-156 for his blistering criticism of a typical contemporary racial theory. See also WEBER, *Die Objektivität*, pp. 167-168.

⁽¹⁵¹⁾ WEBER, *Referat*, pp. 71, 75. On the relation between culture and nationality in Weber's thought see Raymond ARON, *Max Weber und die Machtpolitik*, in *Max Weber und die Soziologie heute*, ed. Otto Stammer (Tübingen, 1965) p. 107.

By combining material and moral factors in this way, culture drew together the necessary, the contingent, and the normative dimensions of developmental tendencies that one had to overstate when devising ideal pictures. Moreover, the paradox that Weber identified suggests the role that culture played in harmonizing these various dimensions. One had to adjust the necessary and contingent empirical elements of culture to meet the requirements of the moral, and one had to make the latter the fundamental norms of policy making. But while this ties together much of Weber's earlier thinking on ideal pictures and developmental tendencies, it still leaves open the crucial question of how culture embodies and makes practicable an impracticable but universally valid moral doctrine.

Weber's use of racial concepts may seem to make this question doubly difficult, but in fact it gave him an answer to it. For upon examination what seemed to him to be the decisive factor differentiating the Pole from the German was the degree to which they each embodied a drive toward personal freedom and individuality. This point emerges particularly strongly in some highly charged comments Weber delivered, a little over a year after his oral report to the *Verein*, to the members of the *Evangelisch-soziale Kongreß* on the results of their agrarian workers' *enquête*. Here he noted that «not least among the things driving [the Germans] from the land is the dark and half unconscious drive toward intellectual culture» (152). A year later he expressed the point even more strongly. The Germans were leaving the countryside because they possessed a «primitive idealism» and were susceptible to the «magic of *freedom*» (153). On the other hand, as he told the members of the *Evangelisch-soziale Kongreß*, «the Polish animal» (*das polnische Tier*) was simply a creature who grazed on the countryside «without ever having an inkling of or wish for another existence» (154).

(152) Max WEBER, *Die deutschen Landarbeiter*, in *Bericht über die Verhandlungen des fünften Evangelisch-sozialen Kongresses* (Berlin, 1894), p. 75.

(153) Max WEBER, *Der Nationalstaat und die Volkswirtschaftspolitik*, in *GpS*, p. 7.

(154) WEBER, *Die deutschen Landarbeiter*, p. 81. Particularly instructive on Weber's use of culture as a bridge between the empirical and the normative dimensions of the nation is BEETHAM, *Max Weber*, pp. 125-131.

These observations constitute the final step in Weber's move from a self-imposed attempt at objective analysis to an approach that accorded with his own scientific and ethical outlook and with the demands of *enquête* procedure. They also bring to a head the entire development of Weber's thought discussed to this point. The paradoxical relationship between moral and physical endowments he had observed placed his moral and scientific commitments at loggerheads. To escape this dilemma, Weber advanced an entirely new conception of the foundations upon which social science rested.

This new conception arose out of the intersection of two distinct observations about the relationship between values and empirical facts. First, from an ethical standpoint Weber now felt he had a means of explaining how moral phenomena and empirical processes could come into conflict with each other. But, second, he now understood that while from an ethical standpoint, this conflict could threaten chaos, this was not necessarily so from an empirical scientific standpoint. His increasing involvement with economics demonstrated to him that there was an alternative mode of analysis that could interpret the triumph of the Poles as the triumph of higher values. The use of Polish labor could, under the circumstances, be more efficient, more productive. This created another dilemma. On the one hand, the problem of economic value was real, on the other hand, Weber saw that if one accepted one of the traditional approaches to it, it could undermine his moral conclusions about the impending triumph of the Poles, and it might even undermine the distinction between scientific and ethical analysis. To preserve the integrity of both forms of analysis, Weber had to create a sharp separation between fact and values, in other words, he had to deal with the problem of value in both science and ethics in what would today be termed a decisionistic manner.

This is precisely what Weber did. He maintained frankly that in taking up «value judgments,» he was dealing with things that were «changeable» and that constituted «an irrational element» in human experience ⁽¹⁵⁵⁾. As it turned out, this did not cause him to renounce the values he had become attached to, but it did confirm

⁽¹⁵⁵⁾ *Ibid.*

that they resided in a realm inaccessible to reason and that they manifested themselves only in accordance with the properties of specific historical situations. On the other hand, it did cause him to reject as inadequate or even unscientific traditional theories of economic productivity and their associated theories of value ⁽¹⁵⁶⁾. Since the value criteria that social scientists required whenever they had to make social phenomena intelligible in relative terms could no longer possess a concrete link with the empirical realm, Weber was free to turn to the «irrational». He thus chose to replace the traditional foundations of economics with something «incomparably more idealistic» than it had ever possessed before, namely, «that which appears to us to be valuable in human beings, *individual responsibility*, the deep drive upward toward the intellectual and moral treasures of mankind» ⁽¹⁵⁷⁾.

10. *Social Science, Political Education, and Responsibility of Power.*

Having drawn his ethical views and his professional tasks onto a common foundation, Weber was in sight of combining academic life with practical activity, as he had hoped. It should not be surprising that he concluded this episode of his life with what has been correctly described as «the most important document of the political man Max Weber up until the war years», ⁽¹⁵⁸⁾ his Freiburg inaugural lecture of 1895. However, given the discussion to this point, the scientific significance of the Freiburg address could be no less than the political. In fact, it contains the most important statement of his general scientific position produced before his mental breakdown ⁽¹⁵⁹⁾. Since Weber had taken up a chair of economics in Freiburg, most of his comments dealt with questions pertinent to that discipline, but at a deeper level, the issues remained the same as before. Moreover, as we shall see, the

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibid.*, pp. 76-77.

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibid.*, p. 80. Italics added.

⁽¹⁵⁸⁾ MOMMSEN, *Max Weber und die deutsche Politik*, p. 40.

⁽¹⁵⁹⁾ Indeed, things had developed to the point where Weber was preparing to write on methodological issues in the near future. See WEBER, *Der Nationalstaat und die Volkswirtschaftspolitik*, p. 1.

approach to moral and empirical social phenomena Weber had developed as he moved from law to economics would make his attachment to economics only temporary. For these reasons, the general points in his critique of economic science can be taken as relevant to his conception of social science as a whole.

In his address Weber placed political and moral considerations in the foreground, stating that his main concern was «the personal and thus 'subjective' standpoint one takes when *passing judgement* upon economic phenomena» (160). However, the interdependence between science and politics in his thought was already much too strong to allow such a one-side discussion. Indeed, when one reads his remarks in light of the events that led up them, the entire lecture, contrary to Weber's intention, takes on the appearance of a powerful attempt to bring this interdependence to a final state of perfection.

This attempt revolved around a new conception of the social scientist's role as an educator and guide in the responsible use of power. He now spoke of an «enormous task of political education» that his science had to accomplish. Because of the particular circumstances Germany found itself in at the time, this task had as its goal «the *social unification* of the nation — a condition which modern economic development split apart — so that it will be possible to face the arduous struggles of the future» (161).

Weber had been reflecting upon this issue since he became aware of the increasing importance of «mass phenomena» in German society, and he had commented upon it several times prior to the Freiburg address. On those occasions he maintained that such phenomena were the result of the increasing scale of both industrial and agricultural enterprises. This had led to a proletarianization of the working class and had replaced patriarchal «personal power relationships» with a conflict of «impersonal class power.» Weber held that this undermined the responsible use of power in society, for it destroyed «the relationships of responsibility between individual master and individual worker.» It led to a new «class

(160) *Ibid.*

(161) *Ibid.*, pp. 23-24. See Lawrence A. SCAFF, *Max Weber's Politics and Political Education*, in *The American Political Science Review* 67 (1973): 128-141.

struggle within the nation», a struggle that was «psychologically and morally... an analogue to the struggle among the nations» and thus was subversive to national culture, social stability, and, in the extreme case, to the existence of the nation as a whole ⁽¹⁶²⁾.

Since Weber ascribed a high value to individual responsibility, he was by no means entirely hostile to this process of depersonalization. Freeing large groups of people from heavy dependence on personal superiors made it possible for them to cultivate their own individuality. The educational task of social science was to help adapt the actions of the various social classes to this process. It had to instruct them how, through allegiance to a cultural ideal, they could coordinate their actions and maximize the power needed to defend their legitimate interests domestically as well as their common interests internationally. What made social science, as Weber now came to conceive of it, so well suited to the task was the way it combined rational analysis with a commitment to national culture.

This blend of heterogeneous perspectives was possible because of their connection with a common set of values. Analytic competence depended upon value-free universally valid rules of reasoning, on what was called earlier «methodological monism». In the Freiburg address, Weber accepted this point when he held that as «an explanatory and analytic science, economics is *international* in character» ⁽¹⁶³⁾. This international science might explain the recurring phenomena found universally in social experience, but it could never be put fully into practice for two reasons. First, the general theories of value it had traditionally been based upon clashed with the values that guided action in specific historical circumstances. Because of the irrationality and variety of these values, there could be no general theory of economic value, no universal «independent economic or 'sociopolitical' ideals» applicable to all situations. Second, a science could not «derive ideals peculiar to it from the

⁽¹⁶²⁾ WEBER, *Die Deutschen Landarbeiter*, pp. 71-73. See also IDEM, *Was heißt Christlich-Sozial?* in *Die christliche Welt*, 17 May 1894, p. 475. On Weber's tendency not to distinguish theoretically between foreign and domestic power struggles, see ARON, *Max Weber und die Machtpolitik*, pp. 105, 110-114.

⁽¹⁶³⁾ WEBER, *Der Nationalstaat und die Volkswirtschaftspolitik*, p. 13.

material it is concerned with» (164). Here one has an early form of what was referred to above as Weber's «conceptual pluralism.» To bridge the gap between universally valid rules of analysis and concrete historical judgments of value, Weber reached beyond traditional economics for a broader sort of social science, something he termed «a science of man», that was «concerned above all with the *quality* which is bred into *men* through... economic and social conditions». This is what allowed the social scientist to assume the role of political educator, for one comprehended this quality in the same way that one formulated moral judgments, on the basis of «those qualities with which we associate the impression that they constitute human greatness and the nobility of our nature» (165).

With social science and politics sharing this common foundation, Weber had reached the combination of academic life and practical activity he was searching for. Able to make his object intelligible only on the basis of the qualities of greatness and nobility «bound to that particular variety of human nature we find in our own being», there was no longer any way to distinguish in practice between «economics» (*Volkswirtschaftslehre*) and «the science of economic policy» (*die Wissenschaft von der Volkswirtschaftspolitik*). Weber now used these terms interchangeably. This, in turn, meant that «the economic policy of a German state, just like the standard of value of the German economic theorist, can... only be a German one». When he defined the state as the «representative» of «the economic and political power interests of our nation», Weber's integration of science and politics for the purpose of comprehending and mastering the responsibility of power was complete. In the end, the responsibility that fell to the social scientist in an age of class conflict was to recall that the nation had a «responsibility *before history*» to defend its national identity and to encourage and instruct those who held the responsibility of power to «raise themselves up into the hard clear air where the sober work of German politics can successfully follow its course, an atmosphere suffused with the solemn splendor of national sentiment» (166).

(164) *Ibid.*, p. 6.

(165) *Ibid.*, pp. 12-13.

(166) *Ibid.*, pp. 12-15, 24-25.

11. *Final Thoughts.*

The die was now cast; Weber had set before himself most of the concepts and problems he would struggle with for the rest of his life. That struggle lies outside the scope of this inquiry, but given what has already been said, we may conclude with a provisional explanation of the ambiguities mentioned at the outset that seems as applicable to the thought of the mature as to that of the young Weber. First, Weber's respect for the various objective «control instances» that regulate both scientific and political discourse is, as previous commentators have suggested, indeed closely connected with his concern for the competent exercise of power in its more elemental forms. Competence at this level requires a grasp of the link between causes and effects. But it also requires a grasp of the one ethical truth that science can demonstrate: the divergence between «is» and «ought» that forms *the* fundamental fact of political life cannot be comprehended scientifically. Thus at this level, scientific value neutrality and its cousin political decisionism rule.

But, and this is what has proven more elusive, because these coregents are barely able to communicate with each other, competence at this level alone is rather meaningless, and the same can be said of the science that creates it. To give power form and stability and to give science direction and purpose, the practitioners of each must decide upon a common value to guide their actions that is more objective than anything science can recognize and more general than anything ethical decisionism can propose. Thus power is refined, completed, and given moral dignity, and science is brought to life. Whether such a decision must impose upon ideal types an element of arbitrariness depends, in the final analysis, on the scope of discretion existing within the realm where it is made. Here one can only note that the objectivity and generality just alluded to both imply that this scope is subject to major constraints.

Whether such a decision rules out the possibility of grasping at Channing's ideal in its pure form depends, in the final analysis, upon whether that scope is broad enough to accommodate us all. That Weber became more tolerant of «the Polish animal» is indeed an encouraging sign that it is; likewise, that he died so soon was a

political and scientific tragedy of the first order. For had he lived a decade or so longer, Max Weber would have been forced — as painful as it would have been — to provide us with an answer, and that answer would surely have carried some weight.

La dimensione giuridica

PIERO BELLINI

«DEUS AGIT IN HOMINES»

Considerazioni metodologiche sui postulati teocentrici
della riflessione canonistica.

Postulato della presenza provvida di Dio al vertice del tutto.

Dev'essere ben chiaro dall'inizio, a chi si accinga a studi canonistici, che un qualsiasi approccio culturale all'ordinamento della Chiesa [preso nella molteplicità delle sue componenti: dommatiche e morali, istituzionali e disciplinari] non può pensare di prescindere dalla considerazione, e dalla puntuale messa a fuoco, della fondazione ideale su cui poggia il fenomeno ecclesiastico: espressione — al livello dei rapporti terreni inter-umani — di una più alta ragione aggregativa. Esso non può non muovere dal rilevamento dei caratteri essenziali della Chiesa, e dei suoi compiti nativi. Prima ancora non può astrarre dalla consapevolezza della totale «sudditanza a Dio» delle umane creature, e della totale «ordinazione a Dio» della loro esperienza terrena. Vuol dire riconoscere il «ruolo protagonista di Dio» (d'un Dio incarnato nella storia) lungo l'intera vicenda della famiglia umana: e lungo l'intera vicenda della Chiesa, qual è nata e qual ha agito in mezzo agli uomini. E vuol dire prender atto del «dato positivo» («storico») della sentita presenza di Dio al vertice del tutto: e della sentita sovrintendenza di Dio alla interezza del creato, e al destino delle creature razionali.

La coscienza — piena e vigile — di questi postulati ideali (ineludibili) deve presiedere al discorso canonistico in tutti i suoi momenti: «in limine et in exitu». Ad essa non debbono e non possono far velo i personali convincimenti dell'interprete, che per avventura si discostino dalla accezione cattolica del Sacro, o addirittura ne divergano. Neppure può attutirla l'accoglimento d'una

metodologia positivista: la quale — assumendo di dover restringere il campo della indagine alle sole componenti dell'ordinamento storico della Chiesa che siano riportabili a fonti produttive empiriche — venga a scartare per ciò stesso dal novero dei «dati rilevanti» qualunque fattore trascendente: meta-storico.

Compiti ricognitivi dell'osservatore in sede di indagine induttiva.

Non v'è problema dell'uomo — in verità — che incontri tanta varietà di soluzioni, tanto discoste le une dalle altre, quanto quello religioso: quanto il problema che concerne l'esistenza e la natura di Dio, gli attributi che gli si debbon riconoscere, i Suoi rapporti con il mondo e con l'umanità vivente del mondo. Né certo ve n'è un altro che investa tanto a fondo la coscienza: penetrandola nei più riposti recessi, permeandola nei più radicati sentimenti di doverosità. E ciascun uomo ha da fare le sue scelte, in purità d'intenti; e ha da rispondere a se stesso della lealtà con cui le onora. Ma è ovvio [nemmeno ci sarebbe da parlarne] che — quando non si tratta di una opzione puramente «personale», quanto si voglia ponderata e sofferta, sì invece dell'appuramento e dell'approfondimento culturale di questi o quei modi collettivi storici di sentire il Sacro e uniformarcisi — quando di ciò si tratta, i personali convincimenti dell'interprete debbono mettersi da un canto. Debbono lasciar il campo al semplice riscontro accertativo del «dato empirico» di questa «opzione spirituale comunitaria», e alla assunzione di essa a fattore reale di qualificazione della esperienza sociale (umana) presa a materia di disamina.

All'interprete non si richiede di partecipare, con vivezza di adesione, dei moti emozionali della comunità di uomini, storicamente determinata, di cui vuol cogliere e studiare le forme aggregative. [Ne rimarrebbe impedita, se così non fosse, o sminuita, la proficuità o la stessa esperibilità di indagini sociologiche e giuridiche di tipo comparativistico, o storico, o etnologico]. Gli si domanda piuttosto di conoscere (e capire) il patrimonio dei valori che presiedono al fatto associativo, oggetto della sua investigazione, imprimendogli un carattere suo proprio. E quindi gli si chiede di calarsi attentamente («apertis oculis») nell'ambiente culturale e ideale di quell'esperimento societario, e acclimatarcisi, per coglierne

i motivi ispiratori: per prender atto della incidenza di questi ultimi sui congegni aggregativi, e insieme per rendersi ragione delle peculiarità strutturali e funzionali che segnano il sistema.

L'idea di Dio quale componente empirica (e dommatica) dell'ordine ecclesiale.

Se ci si mette in questa prospettiva, basta un sol istante di riflessione per comprendere il fatto, tanto semplice quanto imprevedibile, che — agli occhi d'uno studioso «positivo» dell'ordinamento della Chiesa (di un qualunque ricercatore che di questo ordinamento voglia cogliere i caratteri storici «reali») — il principio della presenza alacre di Dio, all'apice del tutto, e quello della Sua sovrintendenza alla interezza del creato, non sono momenti metafisici che rilevino quali «canoni di fede», a cui aderire con animo devoto; ma più semplicemente rappresentano dei «dati di esperienza», proprio integrativi della «realtà effettuale» di detto ordinamento: individuabili e decifrabili [«per modum notationis et animadversionis»] con i metodi e gli strumenti delle investigazioni empiriche.

Dev'essere ben chiaro quando si affrontano temi come il nostro che — sul piano fattuale dei rapporti comunitari, quali si atteggiavano in concreto, nell'una o nell'altra società determinata — una «idea» che vi si presenti generalizzata [qualunque idea: di qualunque natura, di qualunque contenuto] esiste come «fatto sociale di coscienza» per il suo solo corrispondere al convincimento reale di una tale comunità di uomini. Vi esiste come «fatto storico», che si può apprendere e descrivere come ogni altra «cosa umana». Vera o falsa che sia (risponda a una effettiva necessità, oppure non rifletta che una pallida illusione, o non esprima che una gratificazione alternativa) una idea così diffusa e radicata nel tessuto comunitario «esiste fattualmente» come manifestazione consolidata di un comune sentire. E quando accompagnata e colorata da un tenace sentimento collettivo di superiore doverosità, che impregni le coscienze e le governi, quella stessa idea «esiste fattualmente» come componente oggettiva dell'*ethos* societario. Esiste come «valore normativo», capace di operatività pratica reale (di incidenza) sui rapporti di vita della collettività degli uomini.

E questo è appunto il caso della «idea di Dio» [del grande postulato della presenza partecipe e provvida dell'Essere supremo a presidio dell'ordine creato, e a speciale custodia della Chiesa da Lui voluta per atto di libera elezione] quale va giusto riscontrata nella fenomenologia ecclesiastica siccome viene svolgendosi in concreto dinanzi al nostro sguardo. Idea tanto sentita socialmente e tanto radicata nell'*ethos* comunitario della Chiesa, e capace di agire in tal misura sugli impulsi individuali e collettivi dei credenti, da venir senz'altro a costituire un elemento della «realtà sociale empirica» dell'ordine ecclesiastico oggettivo. Anzi — nella economia della spiritualità di tipo religioso — non vi è [non vi può essere] alcuna realtà tanto «reale» quanto la realtà divina: la più esigente al livello della partecipazione emozionale; la più degna di applicazione intellettuale.

Caratteri di questa «postulazione teistica».

E non si tratta di una «postulazione teistica generica»: paga di una nozione neutra, amorfa, del Divino; o della fredda credenza mitizzante, o intellettualistica, misterica, in un Essere ascoso o indefinito; inaccessibile o ineffabile; intraducibile nell'umano linguaggio; o solo inerte o indifferente, impassibile; o disperso nella natura. Non conta il Dio dei poeti e dei filosofi, o il Dio dei mistagoghi. Si tratta di una «postulazione teistica specifica», incentrata nella fede, sollecita di opere, nel Dio della Bibbia, fattosi carne nella storia. Conta questo Essere supremo: il Dio dei Patriarchi e dei Profeti; e di Gesù il Cristo. Dio personale e provvido, capace di propria volontà sovrana. Dio solerte, creatore e ordinatore del creato, principio e fine di tutte le cose, additatore all'uomo dei suoi destini e dei suoi compiti.

Insomma conta l'Essere supremo che risponde alla immagine di Dio che scaturisce dalla Rivelazione vetero e neo-testamentaria, qual è ricevuta e qual è interpretata e svolta nel tempo dalla Chiesa. Dio vivente, concreto, «storico». Rappresentato come assolutamente libero e onnisciente, e onnipotente: capace (in potenza) di imprimere qualunque contenuto alle proprie volizioni. Ma insieme concepito come sommamente giusto, e sommamente razionale: quindi incline a volere ciò che appunto è razionale e ciò che è

giusto. Dio legislatore e giudice, remuneratore, quando necessario vindice: a un tempo castigatore e redentore. «Dio Signore», addirittura «Despota»: severo nel pretendere l'ossequio, la totale ubbidienza delle creature razionali, la loro adorazione. Ma insieme «Dio Padre»: supremamente buono, misericordioso, aperto al perdono, sinanche corrivo alla indulgenza.

È questo Essere supremo [di cui la Grande Chiesa — di contro al dualismo radicale di certo fondamentalismo delle origini — ha sempre proclamato la assoluta unità ontologica: anche se poi è Ente atteggiandosi di fatto in forme così differenziate] è questo Essere supremo che presiede dall'alto a tutta l'esperienza terrena della «ecclesia Christi»; la penetra di sé, informando ben a fondo l'ordine ecclesiale nelle sue strutture e nelle sue funzioni. Egli si fa somma ragione della stessa esistenza della Chiesa: della presenza di essa nella storia.

Tutto promana da Dio; tutto ritorna a Dio, secondo un moto ciclico continuo: «omnia derivantur ab uno et reducuntur ad unum». Dio è il «fons», il «caput», da cui traggono origine tutte le creature: a cominciare da quelle razionali che Egli ha voluto plasmare addirittura a propria immagine e a propria simiglianza. E Dio è il principio onde si irradiano tutti i valori della vita. Insieme Egli è la meta alla quale deve tendere l'impegno delle creature razionali: di quegli uomini che — separatisi da Lui per colpa d'una antica ribellione — restano gravati dal sommo dovere esistenziale di ritornare a unirsi a Dio, siccome a Lui totalmente sudditi; e son tenuti a farlo seguendo la via della salvezza che ad essi il Verbo incarnato non ha soltanto aperto ma prescritto, autoritariamente.

L'ordinamento divino come componente empirica (e dommatica) dell'ordine ecclesiale.

«Deus est»; «Deus existit»: questo il principio principe dal quale (è evidentissimo!) non può pensare di prescindere qualsiasi discorso canonistico. Non solo: ma una qualsiasi speculazione di tal genere neppure si può esimere (con altrettanto grado di evidenza) dalla ricognizione e dalla presa d'atto di tutti gli eventi portentosi, magnificati dalla fede, nei quali l'accezione provvidenziale della storia vede la «mano di Dio» farsi sentire — «leviter vel graviter»

— sulle vicissitudini degli uomini. «Deus agit in homines». Eventi che — visti in tal impianto ideale — vengono a esprimere essi stessi (se può dirsi) la «realtà dinamica» dell'Essere supremo: presentandosi come interventi sovrumani [«teofanici»] singolarmente idonei a incidere sulla vicenda personale dei credenti e sulla vita reale della «ecclesia», in quanto appunto aperte l'una e l'altra alla sovrintendenza provvida di Dio. Eventi quindi essi stessi «storici»: nel senso in cui va detto appunto «storico» il Signore celeste dal quale si assume che promanino.

Di perentoria rilevanza nella economia della «*historia salutis*» [né contano i riscontri della storiografia profana], codesti interventi prodigiosi assorgono in effetti a realtà psicologiche ben concrete (coscienzialmente ineludibili) per le persone umane che proprio nella temperie fervorosa della «*historia salutis*» iscrivono il proprio itinerario esistenziale. Come si inclini a intenderli in termini di fede [li si riconosca quali autentici episodi d'interposizione terrena della potenza dell'Altissimo, oppure non altro vi si scorga che un prodotto dell'immaginario collettivo, o la mitizzazione sublimata di accadimenti puramente umani], detti eventi ineriscono in realtà con tanto profonda intrinsechezza la sentimento comunitario del Popolo di Dio da incorporarsi tuttaffatto alla esperienza religiosa storica della «*sancta ecclesia Christi*».

E ben s'intende — dato il nostro genere d'indagine — che soprattutto ha peso il momento precettivo [autoritario] d'una preposizione dinamica siffatta: ché la precettistica celeste — prodotto imperativo della sovranità di Dio — è lo strumento primo di quella azione divina sulla storia che vuol attuarsi mercé l'opera degli uomini: determinandoli e guidandoli, quando necessario costringendoli. Sicché essa [la precettistica celeste: vuoi quella diretta alla ordinazione nativa dell'umano genere, vuoi quella susseguente intesa al suo risanamento spirituale] vien a formare per ciò stesso — nell'assieme delle sue proposizioni — una componente reale [quella, per giunta, di più alto rango] dell'ordinamento del Popolo di Dio: erigendosi a primo elemento integratore della «realtà normativa» canonicamente rilevante.

Facile infatti intendere che — agli occhi di chi muove da posizioni fideistiche, incentrate nella credenza che si è vista in un Dio fattore e ordinatore del creato — non può non rivestire il

medesimo grado di certezza dell'Essere supremo il fatto della esistenza normativa dell'insieme di comandamenti costitutivi di codesta ordinazione. Né può non rivestire il medesimo grado di certezza del Verbo incarnato il fatto della esistenza normativa del codice deontologico introdotto dalla Parola vivificatrice. E non possono — codeste espressioni normative — non partecipare della assoluta preminenza che compete al dettame divino a paragone di qualunque altro genere di manifestazione precettiva.

Sta a dire che — come costituisce un dato reale della ecumene cristiana storica il «postulato teistico» [teo-centrico e teo-tropico] appena definito — così vale ad integrare la realtà sociale empirica dell'ordine ecclesiastico il fatto della operatività, nella concretezza di vita del Popolo di Dio, di tutto quel sistema di fattori normativi in cui l'*ethos* ecclesiale stabilito ravvisa il segno dell'intervento progressivo del Creatore nel governo delle creature razionali. Meglio: costituisce un «dato di esperienza» [un «caso umano storico», che non può essere ignorato] il fatto del radicamento sociale di certi tenaci sentimenti di doverosità, che — in un trepido «afflato numinoso» — assumono di riflettere un superiore comandamento di promanazione divina ⁽¹⁾.

[È un po' come succede nel caso della «opinio juris ac necessitatis», di cui parlano i giuristi quando vengono a discorrere del fenomeno consuetudinario: «opinio» che — pur essa — presuppone

⁽¹⁾ S'intende che la ricerca volta a cogliere codeste costituenti immateriali [codesti fattori spirituali presenti ed operanti nell'animo degli uomini] non potrà appuntarsi con immediatezza su tal elemento interioristico: il quale — per la sua natura — non è direttamente percepibile. Alla individuazione di questa intima realtà non potrà giungersi se non in via mediata: attraverso il rilevamento e la ponderazione (questi sì ottenibili «ab extrinseco») dell'insieme dei comportamenti personali concludenti, socialmente conoscibili e socialmente valutabili, che danno a vedere di riflettere una partecipazione coscienziale a certe grandezze normative. Al che può ben supplire la prudente congettura del giurista e del teologo: fondata su una argomentazione di tipo presuntivo.

[Naturalmente si dovrà dare per scontato un certo tasso di divaricamento fra la esteriorità della «res acta» e la interiorità dello «animus»: ché una qualche «simulazione di virtù» è fenomeno di tutte le società (specie di quelle più esigenti) e di tutti i tempi. Ma dalla «res certa», costituita da una condotta collettiva univoca, continuamente riproposta, è nondimeno ragionevole desumere la «probabilis conjectura» della radicazione societaria dei sentimenti di doverosità a cui detta condotta, nella sua oggettiva consistenza, fa vedere appunto di volersi conformare].

e riflette la esistenza a monte di una norma sociale, da cui assume di trarre origine. Solo che — in un ordine teo-centrico qual è quello della Chiesa — si tratta d'una sorta di «opinio ' superioris ' necessitatis», che mostra di presupporre e di riflettere un precetto di rango più elevato (incommensurabilmente tale) a paragone delle consuete regole sociali. Il quale — lungi dal partecipare del medesimo valore vincolante della ordinaria precettistica comunitaria — presume viceversa di trascenderlo: dominando il sistema nella sua globalità, e sovrastando al gioco delle energie sociali che presiedono alla dinamica dell'ordinamento. E mentre poi nel caso del comune fenomeno consuetudinario, dal fatto del ripetersi costante di certi comportamenti societari, ci si restringe a risalire al sentimento di diffusa doverosità che li determina (alla «norma»), nel nostro campo d'interesse si fa ancora un altro passo: ché — individuata tale norma (presupposta) — c'è altresì da cogliere, nell'animo di quei suoi destinatari che ne avvertono tutto il valore vincolante, la «postulazione» del suo artefice: del Legislatore eminente che l'ha posta e se ne fa garante].

Principio di presupposizione dell'ordinamento trascendente ad opera dell'ordinamento umano storico.

È sempre il consueto motivo che ritorna. E infatti — come ci si è prima richiamati al concetto di una «postulazione umana storica dell'Essere supremo», per pervenire in chiave empirica all'individuamento della «presenza reale di Dio» al vertice dell'assetto terreno della Chiesa — così adesso, per significare alla medesima maniera i termini reali della sudditanza degli uomini alla sovranità imperativa di Dio, possiamo ricorrere ugualmente a una consimile «postulazione umana storica» rivolta all'apparato normativo (variamente composito al suo interno) in cui si vede condensato il frutto della attività legiferatrice del Signore. [L'una è postulazione riflessiva della inferiorità essenziale delle creature razionali, nella scala ontologica degli esseri, a cospetto della superlatività assoluta del Creatore. L'altra attiene — più in concreto — alla azione dinamica di questo Essere assoluto: e vuole esprimere la presa d'atto, ad opera degli uomini, della portata precettiva degli interventi nomo-poietici di Dio: quali susseguirsi nel tempo, lungo il tracciato della storia sacra].

Viene al proscenio — a questo punto — un principio di «presupposizione» dell'ordine divino trascendente ad opera dell'ordinamento umano positivo. Esso è il concetto tecnico che (proprio per il suo non far dipendere il valore del sistema presupposto dal fatto della autorità presupponente) più da vicino corrisponde alle specifiche istanze canonistiche. E invero («canonice loquendo») la subalternità formale e materiale della normativa terrena non è cosa che possa esser riportata, ad alcun titolo e in alcuna misura, a una qualsiasi 'volontà costitutiva' delle fonti umane storiche. Codesto stato di sotto-ordinazione (lungi dall'essere infatti riferibile a un qualsiasi meccanismo di auto-limitazione o di auto-adattamento delle autorità terrene) resta un che di affatto indipendente dalla loro determinazione potestatica: di superiore e precedente ad essa. È cosa che dipende per intero dalla determinazione — questa sì 'sovrana' — dell'ordinamento trascendente.

Non è l'ordinamento terreno della Chiesa che «subordina se stesso» all'ordine divino. Esso «è» a questo ordine medesimo «oggettivamente subordinato»: sussumendo nella realtà stessa delle cose [«rebus ipsis et factis»] codesta collocazione formale e sostanziale come l'effetto ineludibile d'un proprio radicamento nativo nel tessuto organico d'un sistema predeterminato, conglobante: tale appunto da trascendere le sue singole parti componenti. Non è l'ordine terreno della Chiesa che «si apre» verso l'ordine divino. Esso «è» oggettivamente «aperto verso l'alto»; e assume codesta sua apertura come un che di irricusabile (2).

(2) Si tratta di sfuggire ai fraintendimenti non leggeri [frutto di pure assonanze culturali] a cui conducono le usuali impostazioni del problema: di stampo sostanzialmente statualistico. Parlo della tesi assai autorevole che rappresenta tale allacciamento nelle forme ricettizie d'una «canonizzazione umana» del *jus divinum*: onde quest'ultimo non altro fornirebbe che il «contenuto del comando» [la «materia»], laddove sarebbe la Chiesa «come istituto gerarchico» a prestare — con la sua «statuizione positiva» — la «forma del comando»: la ragione della vincolatività di esso. E parlo della tesi, altrettanto prestigiosa, per la quale la subordinazione al *jus divinum* dell'ordinamento della Chiesa «si concreta in una pura e semplice auto-limitazione, sia pure definitiva e irrevocabile, che l'ordinamento stesso o si è posta all'atto della sua formazione, o si è posta e continua a porsi nel corso della sua vita attraverso le nuove definizioni dommatiche sancite dal suo organo supremo».

La prima soluzione — con un implicito richiamo ai moduli formali dello Stato ottocentesco — viene in effetti ad incappare in un ribaltamento dell'autentico rapporto

E pur in questo caso non si tratta — per il canonista «positivo» — della «presupposizione generica» di un ordine assiologico: concepito come un astratto patrimonio di somme aspirazioni ideali di eticità e di giustizia, sentito per immediatezza di intuizione (anteriormente a ogni riflessione critica, e indipendentemente da ogni elaborazione dialettica) e proteso a farsi realtà normativa, puntuale e concreta, attraverso il filtraggio della umana esperienza, quale va maturando nella storia. Si tratta della «presupposizione specifica» di quel particolare ordinamento trascendente (storicamente determinato nelle sue caratteristiche formali e materiali) che risulta — per quello stesso canonista — dalla tenace tradizione interpretativa della Grande Chiesa. Ordinamento sovra-umano composto d'un organico sistema di comandamenti divini, sviluppato e come articolato in tutto il suo valore deontologico, e nella sua capacità vincolatrice, al duplice livello infra e inter-personale.

Ne viene che l'ordine ecclesiale si presenti come un ordine permisto: mezzo divino, mezzo umano. In esso le componenti più elevate, ascritte all'intervento costitutivo dell'Eterno, si combinano a sistema con le componenti dichiaratamente umane: le quali ultime — nell'assumere al di sopra di sé la decretazione trascendente — per ciò stesso si dispongono in una positura subalterna.

di priorità e pozionalità fra i due sistemi [quello divino e quello umano] qual è postulato con vigore dalla ideologia giuridica cristiana scritturalmente suffragata. Va da sé — difatti — che l'assunzione del diritto divino a fondamento di giuridicità degli ordini terreni positivi [qual è ricordata dall'Apostolo: «nulla potestas nisi a Deo»] è cosa per se stessa incompatibile con l'idea d'una rilevanza umana di quel medesimo diritto solo in forza d'un richiamo di efficacia costitutiva operato dagli ordinamenti positivi. La contraddizione non consente che a «dar valore all'ordine divino» siano proprio dei sistemi da esso derivati: i quali — viceversa — in tanto «hanno valore» in quanto è l'ordine divino a darglielo. L'altra opinione [rifacendosi essa stessa alla esperienza formale dello Stato sovrano, giuridicamente non condizionabile che dalla sua stessa volontà] viene a incorrere a sua volta in una analoga inversione logica e dommatica: là dove raffigura sotto specie di «auto-determinazione» della Chiesa quello che invece la visione cristiana del diritto [sostrato ideale indeclinabile di ogni costruzione canonistica] rappresenta come un atto di ottemperanza della Chiesa a una «etero-determinazione» che le proviene da una più alta Autorità: dalla Volontà fondazionale del Cristo.

Perdurante fedeltà della Chiesa all'universalismo ideologico e giuridico di fondazione teo-centrica.

Ai nostri giorni (lo sappiamo) la effettiva consistenza della generalità dei sistemi giuridici vigenti è così fatta da dar credito alla tesi che l'ordinamento sovrastante [oggi di solito ridotto, nella attenzione dottrinale, alla sola componente giusnaturalistica] abbia come smarrito la propria identità, e dismesso ogni carica incisiva: quasi che — impoverito di mordente ed incalzato dalle nuove ideologie — il venerando «*jus naturae*» sia stato «messo fuori uso dall'estendersi del diritto positivo»: sino a restar espunto dalla «*realtà giuridica*», confinato nel vago empireo delle pure immagini ideali. Questo lo «*status rei*»: del quale — al nostro tempo — non si può non prender atto. Esso — però — non altro viene a esprimere che il momento evolutivo «attuale» della fenomenologia giuridica «di tipo statualistico»: senza che se ne possano desumere delle conclusioni generalizzanti, le quali presumessero di poter spaziare al di là dei limiti (temporali e materiali) della esperienza normativa umana specificatamente considerata.

Viceversa (quali possano essere state nella storia, in altri distretti operativi, le sorti dell'universalismo ideologico e giuridico eretto sul primato dell'ordine divino) è un fatto [e sta al canonista positivo riscontrarlo] che l'assetto terreno della Chiesa — per il suo seguire a presupporre Dio al vertice del tutto, e a presupporre le decretazioni di Dio stesso al di sopra delle decretazioni positive proprie — viene pur sempre a presentarsi come un settore della fenomenologia sociale [empiricamente riscontrabile] nel quale i principi superiori — altrove quanto si voglia disattesi — mantengono tuttora inalterata la propria operatività reale.

Legato ai postulati perentori di un ideo-sistema religioso, determinato «*ab alto*» in sede rivelazionistica, l'ordinamento della Chiesa non ha partecipato del processo metamorfico — di segno autonomistico e secolarizzante — che ha investito invece a fondo la vicenda ideologica e giuridica dei nostri attuali Stati: che — come sono venuti maturando una crescente pretensione alla auto-sufficienza — così sono venuti sempre più affrancandosi da condizionamenti fideistici. Se codesti Stati — prendendo possesso di se stessi — hanno finito con l'imporre la originarietà formale del proprio potere imperativo, come quello che non trova che in se

medesimo la ragione della propria vincolatività; se insieme hanno ottenuto — dal lato sostanziale — di ordinare i loro compiti ad una «propria» scala di valori, commisurata a ciascuna società civile storicamente determinata; se tutto ciò è accaduto nella circostante realtà umana, è però un fatto che d'una così intensa «mutazione» non è stato invece partecipe (né avrebbe potuto) l'ordinamento della Chiesa: il quale — a dispetto di quanto è venuto succedendogli d'intorno — è rimasto, nella esperienza occidentale complessiva, come una oasi solitaria [una «isola felice»] non travolta da un così gonfio flutto evolutivo.

Come nel passato così adesso, il codice divino [inclusa la stessa componente naturalistica di esso] rileva — agli occhi della Chiesa — come «legge positiva»: vuoi nel senso soggettivo (genetico) che si suol dare alla espressione, vuoi nel senso oggettivo collegato al fatto d'una «operatività reale» delle norme. Esso è un che di «positum»: prodotto d'una Fonte individuabile, la quale — se non è per se stessa empiricamente percepibile — è nondimeno postulata da un atto collettivo umano [empirico] di presupposizione. E — nella viva concretezza della fenomenologia ecclesiale — è legge «effettivamente praticata».

Compiti ricognitivi del canonista in quanto studioso positivo.

Queste considerazioni generali concorreranno — allora — a definire l'impegno culturale che si chiede a un canonista tecnico, attento a un compito scientifico. [Parlo sempre d'uno «studioso positivo»: che sia mosso, nel condurre la sua opera, dall'intento programmatico di «fondare sui fatti» le proprie conclusioni]. Al quale — per tener fede alla «positività» del suo lavoro — non starà punto di restringersi alle sole componenti del sistema che possano esser fatte risalire (in modo diretto od indiretto) ad una decretazione costitutiva dello «organo supremo» della Chiesa: della «ecclesia praesens». Viceversa [proprio perché chiamato a una indagine «sui generis»: legata, nei suoi stessi fondamenti, alla ricognizione e comprensione di un certo atteggiamento comunitario storico verso il Trascendente] egli non si discosterà dal proprio ufficio, sì invece lo compirà a dovere, nel dare alle componenti del sistema di vantata origine teistica quella pienezza di rilievo che si addice al ruolo protagonista di esse.

Non si farà per questo uomo di fede, attestatore d'una Verità metafisica, posta al di là di ogni esperienza possibile: oltre i limiti del pensiero ordinario. Si piuttosto si farà attuatore del suo compito — siccome per l'appunto si conviene ad uomini di scienza — proprio nel «prender atto» della operatività sociale «in gremio ecclesiae» di quei fattori fideistici che valgono a segnare «rebus ipsis et factis» la realtà ideologica dell'ordinamento. Che giusto è cosa appartenente alla esperienza: percepibile nel vivo dell'*ethos* ecclesiale stabilito. Anzi starà a lui di evidenziare e di produrre a conseguenze il primato delle decretazioni superiori (che l'*ethos* ecclesiale accredita a questo o quell'intervento nomo-poietico di Dio) a paragone delle decretazioni secondarie semplicemente riferibili ad autorità chiesastiche terrene.

A questo nostro canonista [del quale si definiscano in tal guisa le incombenze professionali] non si richiederà per contro di addentrarsi — a differenza del filosofo e del teologo, chiamati a riflessioni più spazianti — nel «merito» del problema religioso in quanto tale: che è genere di indagine che potrebbe riuscirgli poco congeniale; e di cui gli potrebbero mancare gli strumenti filologici e tecnici. A lui (nella sua veste di studioso positivo) il «patrimonium fidei» non interessa in quanto «vero» ma in quanto «creduto»: e creduto nei modi storici specifici che son propri della comunità-istituzione «Chiesa», quale effettivamente si è atteggiata nel vivo delle cose, lungo l'arco d'una lunghissima esperienza. A lui interessa il «fatto empirico» di codesta «credenza generalizzata»: non conta che la stessa non voglia essere che l'eco di una realtà meta-empirica e meta-storica.

Né spetta al canonista (in quella veste) di accertare la storicità e la veridicità del fatto rivelazionistico. E non gli tocca di stabilire e penetrare ciò che il Cristo abbia realmente inteso dire; o in genere di cogliere il significato originario e genuino del messaggio sotterico complessivo, vetero e neo-testamentario. Nemmeno gli spetta pertanto di indagare la «autentica natura» della Chiesa. [Problemi, invece, tutti quanti, di straordinaria importanza esistenziale per tutti quelli che alla viva esperienza della Fede si avvicinano invece con altri e più profondi intendimenti: non già con semplici propositi ricognitivi (scientifici) bensì con più impegnanti intenti devozionali: per ricercarvi una fonte esimia di edificazione spirituale]. Piuttosto

importa al canonista (gli compete in quanto ricercatore positivo) di appurare ciò che in effetti gli uomini hanno «inteso» e «ritenuto» del messaggio di salvezza ad essi indirizzato: gli «uomini reali», presi nella loro determinazione storica concreta. Gli serve di accertare ciò che essi hanno saputo [e in qualche misura voluto] comprendere e far proprio del Buon Annuncio ⁽³⁾.

⁽³⁾ Ben può esimersi lo studioso positivo — senza con ciò abdicare al proprio compito — dalla «questione metafisica» [dalla terribile questione] della esistenza reale e della trascendenza dell'Essere supremo: con tutti gli attributi che Gli si vogliono assegnare. Tanto più che una qualsiasi spiegazione umana d'un qualunque fenomeno religioso storico (preso, come si conviene in questa sede, nella sua proiezione semplicemente sociologica) non pregiudica per nulla — neanche tocca — la possibilità ontologica d'una realtà trascendente di Dio: non verificabile (s'intende) al livello delle verità empiriche o di quelle razionalmente raggiungibili [noetiche], ma attingibile al livello delle superiori verità metafisiche: di quelle verità che — quantunque eccedano la valenza degli ordinari procedimenti conoscitivi — possono essere lo stesso percepite e comprese con la immediatezza di intuizione dell'atto mistico. Le quali — non dimostrabili con argomenti di ragione — non sono nemmeno confutabili mediante l'esercizio della «raison raisonnante».

Per analoghi motivi quel medesimo studioso [non così il filosofo o il teologo] si può esimere dalla «questione metafisica» della «assoluta verità» di quanto la comune coscienza religiosa assume che l'Eterno abbia voluto rivelare agli uomini. Né tocca allo studioso del fenomeno sociale di investigare la indefettibile realtà di un ordine morale e giuridico trascendente, perenne ed immutabile, perfetto: «semper bonum et aequum», emanazione d'un provvido disegno dello Spirito, espressione di valori irrefutabili, siti al di fuori e al di sopra della storia, applicabili alla universalità degli uomini e alla totalità dell'uomo. Ben invece gli è concesso [non ho che da ripeterlo] di restringere il suo esame al puro «dato di esperienza» della diffusa presupposizione societaria d'un tal ordine assiologico e deontologico.

Si può evitare allora di star a riproporre — in sede di investigazione canonistica — lo spinosissimo problema filosofico (e teologico) del «dualismo assoluto» fra diritto positivo e diritto naturale: e più generalmente fra realtà normativa empirica, circoscritta nel tempo e nello spazio, e realtà normativa trascendente universale. Ci si può attenere — viceversa — alla considerazione di un più semplice «dualismo relativo»: tale da incardinare il raffronto dialettico (fra l'essere e il dover essere) nel puntuale contesto di un sistema di valori storicamente determinato, che si fondi su una certa «accezione positiva» di un così fatto «dover essere».

[Ne verrà fuori la nozione di un «diritto naturale storico»: la quale — se alla acribia speculativa del filosofo parrà formola intrinsecamente contraddittoria — non altrettanto spiacerà al giurista: a cui in effetti non compete di arrivare a delle teorizzazioni ineccepibili, immuni da ogni intima aporia, sì invece di ordinare, come meglio gli riesce, dentro appropriati schemi sistematici, la realtà normativa storica che gli si para innanzi].

* * *

Residue insofferenze verso il canonista non credente.

Cose tanto evidenti — tutte queste — che appare per lo meno singolare che seguitino, ancor oggi, a riaffiorare — ricorrentemente — le sorde preclusioni di certa canonistica di rigida osservanza [non scèvre, si direbbe, di qualche residua venatura di antiche intolleranze, anche accademiche] nei confronti del ' canonista non credente ': giudicato senz'altro non capace — per una sorta di scotoma culturale — di guardare con profitto all'ordinamento della Chiesa, e di comprenderne lo spirito. Preclusioni per sé prive di valore: smentite — come sono — dalla esperienza e dal buon senso. Irte comunque di pericoli: tali in se stesse (massime se accolte, nello stesso tipo esclusivistico di «logica emotiva», anche dagli altri ' sistemi ideologici monistici ') da esasperarne oltre misura le vicendevoli intransigenze: ben al di là delle rispettive ragioni interne di coerenza. Tanto da recidere in radice ogni possibilità di confronto dialettico, aperto e consapevole. Che sarebbe frustrare — nei primi postulati — quella ' istanza pluralistica ' [alla quale pur si compiace di appellarsi di continuo, con solennità, la stessa canonistica di più riguardosa ortodossia] che molti di noi avvertono qual insostituibile fattore di vivificazione della esperienza associata, giovevole per tutti.

Né meno censurabile la tesi (diciamo bilanciante) che — autorevolmente sostenuta — parrebbe andar in cerca d'una sorta di accomodamento transattivo: la quale è sì disposta a riconoscere allo stesso canonista non credente la capacità e la libertà di svolgere il suo compito scientifico in congrui modi tecnici, ma poi gli nega una legittimazione culturale quando ci sia invece da prendere una qualche «posizione critica e polemica» su punti che ineriscano alle «basi spirituali» degli istituti della Chiesa. Sarebbe ricusare al nostro canonista la facoltà di esprimere un proprio apprezzamento personale (che per giunta non è detto debba essere per forza negativo) su quelle che son giusto le note più tipicamente distintive degli eventi umani che formano l'oggetto della sua riflessione di studioso.

Vano d'altronde assumere [il problema naturalmente si presenta anche nel campo delle investigazioni storiografiche] di poter «conoscere» e «comprendere» un qualche momento della vita degli

uomini (capace di aver presa sulla loro qualità: sul loro esser quel che sono) senza al contempo «valutarlo» — quel momento — e «giudicarlo»: senza pronunciare su di esso un qualche verdetto (quanto sia palliato) di assoluzione o di condanna, o anche di esaltamento o esecrazione. Quasi che un implicito criterio di apprezzamento personale, morale o civico o ideologico, non sia sempre sotteso alla coscienza di colui che — nel guardare alle vicissitudini degli uomini — non si tenga pago della semplice rilevazione dell'accadimento, ma ambisca piuttosto a percepire la vera sostanza e lo spessore delle umane realtà che gli si parano davanti: adoperandosi di cogliere il peso effettivo che presentano nella viva esperienza etica-civica-ideologica della umanità in cammino (4).

Opportunità d'una più articolata riflessione sul problema.

Non che si possa disconoscere che il canonista che crede nella Chiesa [il quale si senta carne viva del Corpo mistico del Cristo] muova in effetti da una posizione di vantaggio. Egli si trova di già immerso con tutta intrinsechezza (direi nativamente) nella temperie spirituale della ecclesiasticità. E lui soltanto ha titolo — ove ne senta la esigenza — a farsi parte attiva, con pienezza di passione, della dinamica reale dell'ordine chiesastico. Può solo a lui competere di concorrere a quella «funzione politica» alla quale la stessa scienza giuridica può attendere, con i metodi e con gli strumenti

(4) Ovvio che — sul piano delle indagini giuridiche — posizioni come queste vengano respinte con sussiego dai giuristi cosiddetti 'puri', cultori della 'scienza pura del diritto': che son quelli che rifiutano qualunque interferenza di considerazioni sociologiche e politiche nel processo intellettuale di sistematizzazione tecnico-domatica del semplice 'dato normativo'. E ovvio che — sul piano storiografico — esse vengano respinte dagli storici altrettanto 'puri': quelli che («vietandosi di giudicare») compiono un'opera scientifica in cui il momento filologico e cronachistico [riferito alla semplice ricognizione e descrizione della '*res gesta*': del mero «accadimento come propriamente è stato»] non solo predomina su quello critico e lo sovrasta, ma vorrebbe addirittura escluderlo e metterlo da un canto. Ma — come di questi 'storici puri' (forse con qualche esagerazione, ma efficacemente) è stato detto essere i coriferi di una «storiografia senza problemi storici» — così all'opera dommatica dei 'giuristi puri' [che non accondiscenda a un qualche correttivo pratico, a rimedio del formalismo che le è connaturato] si potrebbe muovere l'analogo rimbrotto di restarsene fondamentalmente separata dalla problematica viva e vera dei rapporti che passano fra gli uomini.

intellettivi che le sono congeniali. Viceversa il canonista scettico [il quale si è formato e vive in altro ambiente, e crede in altri tipi di valori] ha da sottomettersi a una fase (che può risultargli laboriosa, e forse non bastevole) di previo «acclimatemento culturale». E inoltre — senza ovviamente rinunciare a un proprio apprezzamento valutativo — egli non può non instaurare un tipo diverso di rapporto (formale ed emotivo) con gli eventi di vita su cui porta la sua riflessione di studioso.

Da un lato il suo compito è più arduo; dall'altro è meno coinvolgente.

E tuttavia — con tutte le sue pecche — proprio codesta caratterizzazione del suo impegno può — alla fine — risolversi a vantaggio della proficuità della sua opera. Intanto può rivelarsi un fatto singolarmente positivo («provvidenziale», si direbbe) proprio la maggior applicazione intellettuale, che gli si richiede nel suo approccio critico: tale da sollecitare il canonista non credente [parlo di quello seriamente votato al suo lavoro] a una più vigile e costante verifica dei primi presupposti da cui muovere. Eppoi proprio la minor intensità affettiva del suo impegno (spoglio di quella carica patetica, partecipativa, che può trarre lo studioso professante a qualche digressione apologetica) dovrebbe poter mettere il nostro canonista in condizione di farsi un quadro più ponderato — forse anche più obiettivo — dei singoli problemi. A cui gli è appunto offerto di poter avvicinarsi con animo — non dico indifferente [ché se insensibile alla problematica ecclesiale egli non farebbe il canonista] — ma meno direttamente interessato agli svariati effetti che possono seguire alle proposizioni dottrinali a cui aderisce: alle quali lo convinca la pacata ricognizione scientifica dei temi canonistici.

Gli sarà più facile guardare ai fatti di vita della Chiesa da una debita distanza critica: con occhi (direi) da «storico», o da «etnologo». Non già con quel distacco psicologico totale, di cui tessono l'economio i teorizzatori della neutralità assoluta del Sapere; ma volgendosi ad essi come a una esperienza di spettanza esistenziale altrui: la quale — non coinvolgendolo con tutta immediatezza — dovrebbe lasciar spazio ad un impegno personale meno inquieto di quello che di solito si mette nelle cose proprie ^(?).

(?) Non è che lo studioso della fenomenologia sociale possa svestirsi più d'un tanto

Fedeltà filologica e libertà critica quali momenti costitutivi imprescindibili di un valido impegno culturale.

Codesto atteggiamento culturale di meno diretta implicazione — se coltivato con rigore — dovrebbe valere soprattutto a preservare il nostro canonista da quello che è il pericolo più serio che pesa sulla speculazione intellettuale del giurista e dello storico di troppo ristretta ortodossia. Parlo della sottile tentazione — a cui costoro potrebbero anche non saper resistere — di «forzare i fatti», anziché restringersi a registrare fedelmente la «res acta» per quello che essa è. Ché (per lo stesso lor essere partecipi, con vivezza di emozione, di certe realtà di fede di valore trascendente: meta-empiriche) quegli studiosi professanti potrebbero esserne indotti — sul ben diverso piano empirico delle realtà effettuali — a una ricognizione preconcepita dei «dati rilevanti»: rigidamente funzionale a questa o a quella «tesi» («certamente vera») che ad essi — uomini di fede — non starebbe che di documentare e di difendere.

A impensierire non è tanto il fatto che costoro vengano a effettuare — in via pregiudiziale — una decisa cernita qualitativa del materiale probatorio, così da separare i dati positivi [i «fontes selecti» che giovano alla tesi] dai dati che invece la smentiscono. E infatti questo distinguere i «pro» e i «contra» è — dentro certi limiti — un che di proprio a qualsiasi indagine umanistica, idealmente qualificata ed orientata. Semmai il rischio che si corre [rischic

delle componenti positive o negative della sua personalità; né liberarsi per intero dei propri convincimenti ideali e culturali, e delle sue stesse prevenzioni: quasi gli fosse consentito di poter «prescindere da sé». [Lo stesso impegno di onestà scientifica — a quale non v'è buon indagatore che possa restar indifferente — non è punto un «spogliarsi di se stesso», un riguardoso «spersonalizzarsi»; si piuttosto è imporsi una severa disciplina intellettuale: e quindi è giusto un «realizzare la propria volontà», [la propria personale dimensione intellettuale]. Però quello studioso può raggiungere un livello di minore «soggettivizzazione dei problemi» quando gli succeda di investigare una realtà di vita in cui non sia coinvolto di persona: che veda svolgerglisi di fronte — non come un che di estraneo: «res inter alios acta» — ma come una vicenda che sebbene della massima importanza umana, non è comunque tale da investirlo nei più riposti sentimenti.

Starà poi a lui di riprendere a pieno — all'occorrenza — la propria vivacità partecipativa, le volte che debba piuttosto passare a interessarsi della incidenza pratica (ancorché indiretta) che quella realtà di vita, che per sé gli è esterna, possa venire esercitare sulla esperienza umana storica di cui invece si senta lui stesso parte viva

tutt'altro che remoto] è che la preventiva adesione, piena e ferma, a certe «verità» (a certe «res haud opinabiles», codificate dalla fede) possa sospingere taluno a una lettura «accomodata» della massa documentale su cui porta la sua indagine: così fatta da alterare il senso testimoniale genuino degli uni o degli altri «monumenta», piegandolo alle necessità giustificative della tesi (della «verità») che si sussume come incarnata nella storia.

Sarebbe confondere il «momento filologico» della ricerca (che in qualunque genere di indagine ha da essere informato a canoni di severa probità scientifica, e di riguardoso rispetto delle fonti) con quello — logicamente successivo — della «valutazione critica» dei fatti, siccome risultano accertati nella loro entità reale. [Il quale sì è momento in cui va lasciato il più ampio spazio di libertà alle propensioni ideali personali del ricercatore] (6).

Maggiori i rischi che dipendono dall'accoglimento acritico d'un metodo giuspositivistico.

Il rischio di più radicali incomprensioni (capaci non solo di sfociare in un fraintendimento dell'intimo carattere dell'ordine chiesastico, ma di giungere a una falsa rappresentazione della sua stessa entità oggettiva) ha altrove la sua fonte. L'ha nella tendenza [dalla quale, a dir il vero, non rifugge molta parte della più autorevole scienza canonistica, compresa quella più ferma nella fede] a procedere allo studio di detto ordinamento con criteri di ricerca e di sistematizzazione concettuale di stampo francamente statualistico: «con metodo giuridico», come si sente dire qualche volta in guisa alquanto sbrigativa. Criteri troppo piattamente modellati — quasi con animo gregario — sui procedimenti ricognitivi e costruttivi abitualmente praticati dalla scienza civilistica.

(6) Naturalmente nulla esclude che il canonista scettico [il quale, se non crede nel Verbo e nella Chiesa, ha fede in altri tipi di valori, e comunque può essere sensibile a prevenzioni anti-chiesastiche] possa anche lui cadere per suo conto in commistioni metodologiche e concettuali di opposta ispirazione. Preso a sua volta dalla sue passioni, egli potrebbe esserne spinto ad altri (non minori) arbitri. Verso i quali [parlo sempre di «arbitri filologici», che si risolvono nell'alteramento della «res acta»: nella manipolazione delle fonti] il nostro giudizio non potrebbe non essere ovviamente altrettanto severo.

Non ci si accorge — così agendo — che si guarda all'ordine ecclesiale con degli strumenti ottici falsanti: tanto riducenti da lasciare fuori campo [come se appunto si trattasse d'un qualunque sistema giuridico terreno, pago d'una dimensione totalmente umana] proprio quelle componenti di fondo dell'ordinamento generale della Chiesa che hanno la singolarissima pretesa di trascendere una siffatta dimensione. Si dimentica [e il canonista, qualsiasi canonista, non può farlo] che l'ordinamento della Chiesa — col suo assumere a proprio essenziale connotato il fatto di essere «aperto verso il cielo» — proclama per ciò stesso di possedere una natura divina oltre che umana: di essere — al contempo — veramente divino e veramente umano: «teantrico». E questo — per qualsiasi canonista — è il dato reale [la «res certa»] da cui muovere.

* * *

Sconvenienza del metodo giuspositivistico alle istanze culturali canonistiche.

Nulla di meno producente dal lato canonistico, anzi di più radicalmente forviante, che procedere allo studio delle forme aggregative storiche della compagine ecclesiastica con metodi e criteri e con mentalità «positivistici»: quando non tanto ci si intenda riferire alla apprezzabile istanza culturale di «attenersi ai fatti» [incluso il fatto empirico della credenza sociale generalizzata in certi momenti meta-empirici] sì piuttosto si inclini a prendere la «positività» in quella particolare «accezione volontaristica» (fondamentalmente «legalistica») nella quale suole assumerla la letteratura giuridica laicale di più ferma ispirazione statocentrica. [Parlo di quelle correnti dottrinali ben diffuse, che — senza fermarsi a prender atto del «diritto effettivamente praticato», di qualsivoglia provenienza — passano invece a teorizzare il dogma della «supremazia della legge», qual atto primario di decretazione autoritaria preposto a ogni altro fattore costitutivo dell'ordinamento].

Nulla di più ingannevole — su una siffatta falsariga — che restringere l'area dei «dati canonicamente rilevanti» (degli elementi che debbono esser presi a fondamento d'una indagine dommatica) alle sole «norme canoniche positive», intese come «normae positivae», prodotte da un atto normativo istituzionale, storicamente determi-

nato; o anche soltanto postulare il primato — nel sistema — di codesta componente normativa. Sarebbe compromettere in partenza la intelligibilità di quelle che son proprio le forme aggregative tipiche del Popolo di Dio: le quali — siccome s'è appunto cercato di chiarire — si presentano proprio dissociate, «quoad essentiam», da processi sociali empirici «terreni» di produzione normativa.

Per meglio intendere la cosa non è inutile portare un momento l'attenzione sulle stesse vicende culturali del giuspositivismo di stampo statualistico: facendole oggetto d'un veloce esame critico che (senza perdere di vista la genesi e i moventi della rivoluzione metodologica operata dal positivismo ottocentesco) non manchi d'interrogarsi sui suoi limiti.

Carenze del programma culturale giuspositivistico: estromissione dall'ambito formale della giuridicità di tutta una porzione del reale normativo storico.

Partecipe della critica romantica alle vuote esercitazioni accademiche di certo classicismo, il giuspositivismo si impose l'onere primario di reagire agli eccessi di astrattezza cui s'era abbandonato, fra Seicento e Settecento, il dominante intellettualismo razionalistico. Questo — tutto preso dal programma della edificazione «methodo geometrica» di un superiore sistema normativo di diritto naturale — credeva di poter assolvere il suo compito mercé la deduzione, da certi princìpi primi, immediatamente percepibili dall'uomo siccome rispondenti con piena intrinsechezza alla sua stessa natura razionale, tutto un compiuto sistema di precetti, atti a disciplinare ogni tipo di rapporto e a risolvere ogni tipo di conflitto.

A queste esagerazioni speculative di filosofi e giuristi teorici parve opportuno porre un argine; e dentro certi limiti lo fu. Prevalse una imperiosa esigenza di concretezza: di «aderenza ai fatti». E ad essa — sul piano della sistemazione dottrinale — si credette di far fronte al meglio proprio rifacendosi a criteri fondamentalmente 'legalistici', 'volontaristici': ancorando — come s'è accennato — i valori normativi (tutti i valori normativi) al dato oggettivo della loro promanazione formale dal volere precettivo di certe 'fonti storiche'. Vennero allora in primo piano — in questa

prospettiva metodologica — i centri di potere, storicamente riscontrabili, situati in una posizione di eminenza: quelle entità sociali egemoni capaci — per propria virtù effettuale — di porre ‘ imperativi ’ a un certo aggregato di soggetti [‘ destinatari ’] e di farli rispettare. Anzi, la predeterminazione (sociologica) delle ‘ fonti del diritto ’, intese nel senso appena detto, divenne il punto obbligato di partenza da cui procedere — sul piano della speculazione intellettuale — alla delimitazione del materiale normativo «giuridicamente rilevante»: «scientificamente rilevante», per lo studioso del diritto.

Solo che — in questa sua accezione — il giuspositivismo (benché mosso da lodevoli propositi realistici) dovette proprio giungere, alla fine, a contraddire — in più d’un tratto — alla sua stessa ragione informatrice. Esso non s’è ristretto a mettere da un canto le molteplici e svariate «aspirazioni astratte» che in molta parte concorrevano a formare i non pochi sistemi di diritto naturale di derivazione razionalistica, patrocinati sul piano intellettuale. [Aspirazioni un po’ fumose, non tutte sentite in pari grado, ma passibili di diverse accezioni e di diverse sfumature, e anche di dissimiglianze più marcate. E aspirazioni null’altro che ideali, patrimonio culturale ed ideologico di filosofi e giuristi: non costitutive, in effetti, della ‘ realtà sociale normativa ’; non confondibili, perciò, con veri e propri ‘ canoni comportamentali vigenti ’]. Il positivismo si è spinto ben più in là: ed è arrivato ad estromettere dal campo visivo del giurista una quantità di altre componenti precettive del ‘ diritto naturale ’ [di altri princìpi ed altre norme] che — pur non essendo riportabili a un evento produttivo umano socialmente individuabile (ad un puntuale «meccanismo di produzione normativa») — non per questo rimanevano sprovviste d’una propria efficacia operativa nella concretezza del rapporto comunitario storico. Anzi giungevano talvolta (come nel caso dei cosiddetti princìpi generali) a prevalere sulle stesse «leges positae». Norme e princìpi — tutti quanti — che formavano quindi pure loro (non diversamente dai precetti risalenti ad atti produttivi empirici) una oggettiva componente della ‘ realtà sociale normativa ’: di quella medesima ‘ realtà ’ su cui il ‘ giurista positivo ’ — giusto perché tale — dovrebbe fondare la sua analisi.

Ulteriori esiti pratici del giuspositivismo: sua tendenza a agire dinamicamente sul reale normativo, sollecitandolo in senso stato-centrico.

Non solo: ma — in forza dei consueti fenomeni di interazione che hanno corso fra proposizioni ideologiche e realtà effettuale — si è anche dato che gli schemi formulati dalla dottrina positivistica non si siano ristretti a conservare, come pur era negli intenti, una funzione semplicemente rappresentativa e sistematica di un oggetto esterno, destinato a serbare inalterati i propri caratteri fattuali comunque organizzato in termini scientifici. Essi — viceversa — hanno finito con l'agire sulla stessa realtà sociale normativa, trasformandola «ad suam similitudinem». Hanno effettuato — nel seno di quest'ultima — come una vasta operazione selettiva, e discriminatoria: a causa della quale tutte le «normae non positae» [non conta se ugualmente operanti, e con quanta intensità, nel vivo della compagine sociale] son rimaste spogliate — un po' alla volta — non solo d'una semplice «qualifica formale», ma della loro stessa «operatività sociale» e di ogni «efficacia vincolante». Ignorate dal «giurista positivo» — prigioniero dei suoi «iddòla» — queste norme hanno finito con lo scomparire *tout-court* dalla stessa «realtà giuridica»: digradando a semplici «moduli ideali».

Poco male — in effetti — se il giuspositivismo si fosse contenuto a una funzione scientifica, ricognitiva: null'altro che ordinatrice del reale. Poco male se esso — quanto si voglia incline a una accezione riduttiva dell'area della «giuridicità» — avesse comunque rispecchiato, e rispettato, la complessiva consistenza reale [assai vasta, in verità, e riccamente articolata] del fenomeno sociale normativo: se avesse — più in ispecie — riprodotto i «rapporti di forza» intercorrenti fra le disparate componenti di un tale quadro complessivo. Ma questo non è stato: ché il giuspositivismo — una volta individuata e circoscritta l'area normativa da considerare «giuridica» al metro dei propri postulati — è poi passato a privilegiarne le espressioni normative: facendo seguire alla «sistemazione concettuale», patrocinata in termini formali, tutta una sequela di conseguenze di ordine pratico: capaci di rafforzare operativamente la «nota della giuridicità», resa ormai sostanzialmente omologa e coestesa alla nota della «statualità». Significava collocare le norme riferibili allo Stato su un piede di decisa preminenza — non solo teorica ma pratica — a cospetto delle

restanti regole comportamentali di derivazione non volontaristica: non autoritaria (7).

Speciale pregiudizio derivatone ai sistemi normativi laici non istituzionalizzati: e al sistema normativo canonico.

Già in grado di causare non lievi inconvenienti quando riferito ai comuni ordinamenti degli Stati, inclusi quelli in cui si assiste a un energico fenomeno di centralizzazione dei poteri [si pensi, se non altro, a tutta la tematica della consuetudine] — questo tipo di metodologia positivista ha recato un più serio nocumento alla consistenza reale degli altri sistemi normativi, a carattere diffuso, meno sensibili per sé a processi di istituzionalizzazione del compito di produzione normativa. Parlo del «diritto delle genti», e del cosiddetto «diritto pubblico europeo»: fondati — l'uno e l'altro — sul primato di certi postulati normativi, congruamente sviluppati nella loro intera potenzialità deontologica, non riconducibili a fonti normative empiriche. Tant'è che — agendo a questo modo [cancellando dalla realtà giuridica codeste componenti normative superordinate ed aggreganti] — il giuspositivismo ottocentesco è giunto proprio a infrangere il «sistema universalistico europeo», vanto della precedente cultura. Ha fatto dell'ordine giuridico generale un che di disorganico: smembrato in una quantità di impianti normativi parcellari, formalmente separati fra di loro: tanti — di numero — quante le fonti storiche situate in una posizione di supremazia sociale.

Sviluppi — tutti questi — parecchio discutibili. Tutti però afferenti — in queste prime ipotesi — a un tipo di realtà normativa che potremmo definire «mobile»: ormai slegata da dogmi ineludi-

(7) Così agendo il giuspositivismo ha finito col recare a effetto — surrettiziamente — una vera e propria «operazione politica»: di «adattamento dell'ordine sociale», in senso profittevole alle decretazioni autoritative istituzionali. Nelle sue espressioni storiche salienti, esso si è fatto strumento di attuazione d'una istanza politica latente di potenziamento della macchina statale. Ha accondiscorso con larghezza [malgrado le continue insistite professioni di «neutralità» della scienza] al programma della «sublimazione dello Stato», quale perseguito fra Ottocento e Novecento da tutto un ricco movimento filosofico e ideologico. Si è fatto strumento intellettuale della ambizione dello Stato autoritario a diventare sempre più potente: riuscendo a far valere senza remore la propria volontà sovrana; e ad assorbire entro di sé la maggior parte dei momenti di vita della società civile, sino a proclamare la somma equazione pubblicistica «Stato = società».

bili; quindi per sé capace di subire — nel tempo — mutazioni anche profonde. Capace cioè di risentire — nella propria consistenza reale — non solo della diretta incidenza operativa delle fonti formali che presiedono al sistema, ma della stessa azione politica riflessa (magari dissimulata sotto le rassicuranti apparenze d'una semplice ricognizione interpretativa) delle forze intellettuali attive, presenti nella vicenda comunitaria.

Ben diverso invece (ben più serio) il caso dell'ordinamento della Chiesa: tutto dominato — come è questo — da un organico apparato di superiori princìpi, non disponibili dall'uomo. I quali non rappresentano soltanto un patrimonio di «valori culturali» o «ideologici» o «politici», di «civilitas» [come dopo tutto erano quelli ai quali si ispirava la speculazione razionalistica sei-settecentesca del giusnaturalismo laico]; ma costituiscono piuttosto delle componenti intrinseche essenziali del sistema ecclesiastico e canonico, imprete-ribili affatto. E quindi costituiscono dei canoni assiologici primari: i quali non possono non essere di guida (e di freno) al dinamismo del sistema, comunque stimolato.

Peculiarità del sistema normativo ecclesiastico.

Colta nella «accezione volontaristica» appena ricordata, e riferita all'ordinamento della Chiesa, la metodologia positivistica non appare in condizione né di attendere ai suoi scopi dichiarati [quelli, scientifici, della sistematizzazione concettuale del reale normativo]; né di soddisfare a una eventuale funzione secondaria, di carattere politico: attenta a conseguire (quasi senza parere: in maniera strisciante, diremmo oggi, o surrettizia) la trasformazione del sistema «per modum recognitionis et repraesentationis». Un simile approccio dottrinale verrebbe difatti a tagliar fuori dal campo dei «dati canonicamente rilevanti» quelli che son proprio gli essenziali postulati dell'ordinamento della Chiesa. Tanto da rendere impossibile la comprensione del sistema canonistico, nei primi fondamenti.

Non ho che da ripeterlo. L'essere «aperto verso l'alto» non è — per tal ordinamento — un modo ideologico come un altro di soddisfare ai propri compiti, accettando il primato operativo di certi valori ideali o di certi altri, nell'una o nell'altra contingenza storica. Sì invece è un qualcosa di assolutamente intrinseco alla sua più

riposta natura: diciamo alla sua stessa «quintessenza». E questo carattere di fondo — come è tale da precludere alla stessa fonte istituzionale primaria dell'ordine ecclesiastico di superare certi limiti, e di disattendere certi valori — così vale, a più forte ragione, ad impedire che una modifica qualunque dello stesso ordinamento possa essere ottenuta, oltre quei limiti e in difformità di quei valori, sotto specie di più semplice elaborazione intellettuale.

Non è che — sotto le sembianze d'uno sforzo di mero assetto concettuale — il ricorso alla metodologica volontaristica, qual elaborata dalla scienza dello Stato, non possa recar un proprio contributo al processo di accentuata centralizzazione dei poteri, che ha distinto nel passato, e in molta misura séguita a distinguere, l'ordinamento istituzionale della Chiesa cattolica. E infatti — svolto con tanta efficacia, nei confronti dello Stato, dalla pubblicistica secolare di tendenza autoritaria — il discorso volontaristico può ben esser ripetuto con successo, con gli opportuni aggiustamenti, dalla canonistica: a profitto — questa volta — della Chiesa istituzionale, assunta come centro di volizione socialmente egemone, equiparabile allo Stato.

[Del resto, anche a una prospettiva di tal genere (oltre che al bisogno di supplire a certe effettive «pertes de vitesse» della scienza canonistica, per non dire della ambizione di essa a reggere il passo in qualche modo con la avanzante dommatica laicale) parrebbe in effetti corrispondere il notevole favore che ha incontrato il metodo positivisticò nell'opera scientifica di tanti accreditati canonisti pre-conciliari, e anche post-conciliari].

Però va aggiunto con chiarezza che una siffatta impostazione (qualunque giudizio voglia darsene nel merito) non può che restringere il suo campo ai modi operativi «interni» all'ordine ecclesiastico «terreno»: senza poter ambire ad ottenere («per modum interpretationis») una qualunque modificazione surrettizia del sistema ecclesiastico generale: sino a far assumere alla suprema fonte sociale «positiva» che vi agisce quei caratteri di «primarietà» e di «non condizionabilità» che son rivendicati dal moderno Stato come attributi che ineriscono alla sua medesima «essenza sovrana» (8).

(8) Non può codesta fonte prelatizia non postulare essa medesima [qualunque preminenza rivendichi per sé nell'ambito della «ecclesia praesens»] la propria soggezione

Delimitazione concettuale della confutazione positivistica del giusnaturalismo: possibilità di un ripensamento canonistico della metodologia positivistica.

Sta a significare — tutto questo — che proprio la esperienza canonistica, rivista sotto una buona angolazione, dovrebbe essere in grado di recare un singolare contributo al rilevamento critico dei limiti culturali del giuspositivismo: così da costituire un utile banco di verifica della stessa valenza costruttiva della metodologia positivistica, correttamente intesa. Proprio difatti i canonisti (a fronte dei cultori di altre discipline, meno condizionati e meno attenti a questo aspetto problematico) dovrebbero essere i primi a percepire i termini oggettivi che in effetti circoscrivono la confutazione critica operata dal giuspositivismo: diciamo la «pars destruens» del suo ragionamento. E proprio i canonisti dovrebbero poi potersi prevalere con profitto degli insegnamenti più fecondi (della «pars construens») della metodologia positivistica: non più riferendoli alla realtà normativa dell'ordinamento umano, ma allo stesso ordinamento superiore qual ascritto dall'*ethos* ecclesiale alla Volontà precettiva del Signore celeste.

Intanto non può sfuggire al canonista come l'operazione cultu-

a tutto un codice di prescrizioni di superiore livello formale (per giunta integratrici, l'ho detto e ripetuto, della parte più vitale dell'ordinamento chiesastico) che ne trascendono il potere, e che la condizionano e la vincolano: a cominciare proprio dalla suprema norma di delegazione («tu es Petrus et super hanc petram aedificabo ecclesiam meam») su cui la stessa istituzione storica suprema della «ecclesia praesens» fonda il suo potere primaziale. Prescrizioni che — ai diversi livelli operativi — vincolano del pari e condizionano tutti quanti gli altri soggetti («cujuscumque praesentiae») che si trovano a vivere e ad agire nell'ambito reale della Chiesa. E tutto questo in modo affatto indipendente da una specifica esplicitazione formale della fonte sociale primaria d'essa Chiesa; anzi anche contro eventuali enunciazioni di questa stessa fonte che dovessero per avventura discostarsi dalle decretazioni trascendenti.

[Come dire che quella stessa Potestà ecclesiastica istituzionale che fa risalire all'ordine divino il primo fondamento della propria autorità (all'ordine divino quale essa medesima lo determina: con pretesa di autenticità e di vincolatività eminente) resta a sua volta esposta — ad onta di ogni vantata egemonia formale — al contraccolpo di altre, anche distanti, interpretazioni che della volontà di Dio vengano a dare altre componenti comunitarie: interpretazioni non autentiche, stavolta, ma tuttavia non incapaci, solo per questo, di prevalere «de facto», a lungo termine, e di affermarsi nella viva realtà ideale della «communitas fidelium»].

rale del giuspositivismo sia venuta a concernere in origine un tipo di esperienza normativa [quella del giusnaturalismo immanentistico, di ascendenza razionalistica antropocentrica] parecchio distante a dir il vero dall'ordinamento trascendente della tradizione cattolica: dommaticamente edificato in chiave teocentrica. E dovrebbe essergli anche chiaro come in effetti si trattasse (a paragone del monolitismo ideale della concezione giusnaturalistica di matrice cattolica) di un tipo di esperienza meno saldamente costruito: fondato su basi ideologiche meno stabili, comunque più opinabili: più esposto agli incerti della storia, e ai capricciosi andirivieni delle mode culturali. Laddove il «*jus divinum naturale*» della Chiesa [per non dire del «*jus divinum positivum*»] non solo costituisce un postulato ideale indeclinabile della intera realtà normativa umana cattolicamente ispirata, ma — in quanto radicato sul «fatto» dell'*ethos* comunitario stabilito — ottiene in questi limiti una sua effettiva operatività sociale ⁽⁹⁾.

Ma — fermo questo punto — val soprattutto la pena di assodare (stavolta in positivo) quali opportunità dommatiche si offrano alla «*scientia canonum*» di utilizzare a modo debito — ai propri fini costruttivi — una impostazione metodologica (come quella del giuspositivismo) di tipo volontaristico: la quale — se ha segnato l'ultimo destino degli apparati di diritto naturale del razionalismo illuministico, tutti dissociati da specifici procedimenti volitivi di produzione normativa — può servire al contrario proprio a dare un più puntuale inquadramento al giusnaturalismo della tradizione cattolica: legato com'è questo viceversa al ben altro postulato d'una poziore azione normatrice dell'Eterno. Sta a dire che quella fondazione metodologica (nel mentre si appalesa forviante se applicata all'ordinamento della Chiesa erroneamente concepito alla maniera dei comuni ordinamenti degli Stati sovrani:

⁽⁹⁾ Sotto questo aspetto la viva impressione che si prova — nel riandare alle vicende del passato — è quella d'una battaglia difensiva mal condotta; anzi neppure combattuta. E infatti solo una poco efficace (forse poco convinta) risposta canonistica alle insidie della emergente metodologia positivistica ha potuto far sì che — ai tempi della Scuola storica — la crisi del giusnaturalismo laico finisse col travolgere anche il giusnaturalismo cattolico, ben altrimenti strutturato e ben altrimenti praticato, almeno nella esperienza della Chiesa: e quindi in sé capace — ove difeso con altro animo, e con più consapevole accortezza — di ben altre possibilità di resistenza.

come «ordinamento giuridico primario», o «originario»; come ordinamento «formalmente concluso», o «esclusivistico») può risultare invece di singolare utilità dommatica se applicata all'ordine chiesastico correttamente incardinato — siccome si conviene — nel più spaziente contesto formale di cui si sente parte

Con ciò si presenta al canonista — chiamato a una verifica culturale della metodologia positivista, congruamente rapportata alle peculiarità «teantriche» dell'ordinamento della Chiesa — la opportunità di recare un suo proficuo contributo, di intelligenza e di esperienza, al dibattito metodologico generale.

Limiti di fruibilità canonistica d'una metodologia positivista.

Insomma — per concludere — non giova al «canonista positivo» far appello al canone di fondo della «riferibilità formale necessaria» delle norme costitutive dell'ordinamento della Chiesa alla «volontà creatrice» [o anche soltanto «ricognitrice»] della fonte istituzionale storica primaria di tal ordinamento. A lui non si confà una metodologia che debba muovere dalla fonte sociale suprema dell'ordine ecclesiastico, per individuare e circoscrivere — da questo punto di partenza e da questo angolo visuale — la quantità dei dati normativi da assumere come «canonicamente rilevanti». Gli è invece sufficiente (ma anche necessario) rifarsi al dato empirico della operatività sociale — diciamo «rebus ipsis et factis» — di certi «convincimenti generalizzati di doverosità sociale», sentiti nell'ambito di vita della «ecclesia» come il riflesso immediato, nella coscienza degli uomini, di un organico apparato di «norme superiormente vincolanti». Le quali (se non posson esser ricondotte empiricamente a una fonte celeste: a cui la umana coscienza non si può elevare se non in virtù di un atto di fede, non verificabile alla stregua degli ordinari procedimenti conoscitivi) son però fatte risalire a codesta fonte sovra-empirica da un atto empirico di fede.

E proprio in questo senso (e dentro questi limiti) la «impostazione volontaristica» può venir recuperata alla dommatica canonica. Proprio in questo senso — grazie al riferimento che le è fatto dall'*ethos* sociale — la Volontà di Dio diventa il punto di partenza (questo sì veramente «necessario») dal quale deve muovere il «canonista positivo» nell'adempire il suo compito. E questo non per

semplici ragioni di coerenza metodologica; ma proprio per una ragione di rispetto del contenuto empiricamente rilevabile dei convincimenti di doverosità sociale, che son parte integrante della realtà normativa storica dell'ordinamento della Chiesa.

Restano allora confermate anche a un più attento esame [*«et melius re perpensa»*] le prime conclusioni di poc'anzi: — che proprio al «canonista positivo», che voglia «stare ai fatti», la vita della Chiesa si presenta come «realmente» presieduta al vertice dalla Persona di Dio: come «realmente» governata dalla Legge di Dio; — che Dio gli si presenta «fattualmente» come il sublime «*fons et caput*» del sistema; — che come ordinamento normativo vigente (come «ordinamento positivo»: come il più «positivo», a rigore, fra tutti gli ordinamenti vigenti) si presenta «fattualmente» il superiore apparato precettivo che l'*ethos* comunitario dei credenti ascrive alla decretazione del Signore.

Si tratta di «fattori costituzionali imprescindibili», i quali intridono a fondo la esperienza della comunità cristiana storica, in quanto esperienza religiosa; e indelebilmente la colorano nelle fondamentali componenti. Tant'è che l'ignorarli o il trascurarli, in sede di investigazione organica dell'ordinamento della Chiesa, sarebbe precludersi in radice ogni possibilità di intendimento dell'intima natura del sistema.

LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI

A CENT'ANNI DALLE ' RES MANCIPI '
 DI PIETRO BONFANTE

Nel 1888 appariva la prima parte del volume di Pietro Bonfante sulle ' *Res mancipi* ' e ' *nec mancipi* ' che sarebbe stata completata l'anno successivo con la pubblicazione della seconda parte: la più ricca, in verità di ipotesi ricostruttive e che si staglia a un secolo di distanza ancora per la sua straordinaria originalità e forza. È questa un'occasione per commemorare, insieme al centenario di quest'opera, destinata a fare epoca nella nostra tradizione di studi, anche il suo autore, il cui ricordo, insieme del resto a quello di tutta la sua generazione, mi sembra un pò appannato in questi ultimi decenni.

Pietro Bonfante nasceva a Poggio Mirteto, in Sabina, il 29 giugno 1864, centoventi anni or sono, da una famiglia di non grandi fortune e che tuttavia gli avrebbe permesso di fare tutti i suoi studi sino all'Università, acquisendo una solida preparazione che avrebbe poi messo bene a frutto negli anni successivi.

Iscrittosi alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma che, in quegli anni, stava rapidamente assurgendo alla massima importanza, egli aveva la possibilità di studiare con alcune grandi personalità scientifiche alle quali sarebbe restato, anche in seguito, particolarmente devoto come Francesco Schupfer e Francesco Filomusi Guelfi (1).

È in questo contesto che il giovane studente incontra il maestro cui sarebbe restato legato per tutta la vita e che, sin da allora, malgrado la sua giovane età, costituiva un punto di riferimento per

(1) Di quest'ultimo abbiamo un corso di lezioni dell'anno 1885/86 raccolte dallo studente Pietro Bonfante: F. FILOMUSI GUELF, *Diritto civile. I diritti reali*, lezioni raccolte da P. Bonfante, (Roma) 1885/86.

i rinnovati studi romanistici nel nostro paese: Vittorio Scialoja. Sarà poi quest'ultimo, un giorno lontano, a ricordare il suo incontro con questo «studente raro, ottimamente preparato in tutte le materie che costituiscono la base degli studi romanistici» e che mostrava sin da allora, «la sua vocazione... così profonda» che avrebbe riempito tutta la sua vita. Scialoja, nel rievocare tale evento, insiste in modo significativo sull'immagine della «fortuna». Ed infatti questo incontro con Bonfante è stato a suo giudizio «una delle maggiori fortune per entrambi: per Bonfante che poté così essere indirizzato e guidato nei primi anni», e per lui stesso che vide l'allievo «svolgere e perfezionare i primi insegnamenti... ricavati e propagarli a sua volta» (2). E vibra ancora nella memoria dei presenti il pathos che accompagnò l'ancora più esplicito riconoscimento effettuato da Scialoja, in un'occasione solenne, della strada percorsa dall'antico allievo a superare il maestro di un tempo (3).

Il 7 luglio del 1887 Bonfante si laurea con Vittorio Scialoja discutendo una tesi su un tema al centro della riflessione romanistica sin dall'Umanesimo: la distinzione fra le *res Mancipi* e *nec Mancipi*. Da tale ricerca egli ricaverà il suo primo libro che costituisce appunto l'occasione di queste mie pagine e che ho già ricordato all'inizio: le '*Res Mancipi*' e '*nec Mancipi*', appunto, dell'88-89.

In quegli stessi anni egli inizia il suo insegnamento nell'Università di Camerino (1888-89) passando, l'anno successivo, come professore di Istituzioni di diritto romano nell'Università di Macerata. Lo stesso insegnamento ricoprirà poi nel periodo dal 1891 al '94 nell'Università di Messina. Dal 1894 al 1901 egli insegnerà nell'Università di Parma per passare dal 1901 al 1904 nell'Università di Torino. Poi vi sarà il lungo e fruttuoso periodo di insegnamento nell'Ateneo di Pavia dove succede al prestigioso insegna-

(2) Cfr., V. SCIALOJA, *Un maestro: P. Bonfante*, in *L'Illustr. Ital.*, 1933, ora in *Studi giuridici*, II, 2, Roma, 1934, 307.

(3) Si cfr. l'episodio evocato in F. MAROI, *P. Bonfante*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1933, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1956, 497. Cfr. anche P. DE FRANCISCI, *Commemorazione di P. Bonfante*, in *St. Pavia per il XIV cent. della codif. di Giustiniano*, Pisa, 1934, XXXI.

mento di Ferrini nella cattedra di Diritto Romano. Nel 1917 infine la chiamata a Roma, dove egli terrà il suo insegnamento sino alla morte, anche negli ultimi tormentosi anni della sua malattia, quando le energie fisiche e le condizioni materiali avverse faranno rifulgere la sua tempra e il suo spirito di dedizione.

Con la «carriera» tradizionale di un professore universitario, consistente in una serie di trasferimenti dalle università più piccole e periferiche ai centri più prestigiosi, con gli anni, si hanno sempre più numerosi riconoscimenti del crescente prestigio scientifico di Pietro Bonfante; una serie di lauree *ad honorem* prima fra tutte quella dell'Università di Parigi e la sua elezione in importanti consessi scientifici internazionali. Il suo nome, infine, è fra i primi a far parte della nuova e ambita Accademia d'Italia; da non trascurare infine la sua partecipazione al consiglio direttivo di quella che forse è stata la più importante e riuscita iniziativa culturale italiana nella prima metà del secolo: l'Enciclopedia italiana, diretta da Giovanni Gentile (4).

Ma, segno forse più importante di tutti della sua rilevanza e autorità scientifica, è la folta schiera di allievi che, sin dagli inizi del secolo si venne formando alla sua scuola; addirittura più di una generazione di romanisti, da Rotondi ad Albertario, da De Francisci a Castelli, Volterra e molti altri sino a Giuseppe Branca e Luigi Aru. Una vita tutta racchiusa all'interno della sua vocazione scientifica e della vicenda accademica, quella di Pietro Bonfante e che copre un arco di tempo non particolarmente esteso. Tuttavia, se ci volgiamo a considerare ciò che è stato da lui realizzato, siamo colpiti dal carattere quasi titanico della sua opera.

Né tale aggettivo potrà apparire esagerato, ove si ripercorra, sia pure velocemente, le tappe scientifiche e i risultati più significativi da lui realizzati nel corso di tempo che va dagli anni immediata-

(4) Nell'archivio dell'Istituto dell'Enciclopedia italiana si conservano le lettere (difficile accertarne la completezza) scritte da Bonfante fra il '29 e il '31 nella sua qualità di direttore di sezione dell'Enciclopedia per la parte «Storia del diritto» della sezione «Diritto». In esse si trova, fra l'altro, la designazione da lui effettuata, per la attribuzione di alcune voci, di V. Arangio-Ruiz, E. Volterra e F. Calasso. Per il riferimento ad altri riconoscimenti accademici tributati a P. Bonfante, si v. anche S. RICCOBONO, *Commemorazione di P. Bonfante nell'Annuario R. Univ. di Roma*, 1933-34, 6 s.

mente successivi alla sua laurea sino al 1932, l'anno della sua morte.

Ho già ricordato il suo primo libro sulle *Res Mancipi* del 1888/89.

Nel 1888, a neppure un anno dalla sua laurea, appaiono alcuni suoi brevi saggi intorno agli stessi temi, sul primo volume del *Bollettino dell'Istituto di diritto romano*, la rivista, allora fondata da Vittorio Scialoja e al quale per lungo tempo Bonfante avrebbe prestato la sua volenterosa collaborazione. E nello stesso anno appare un altro importante contributo del giovane laureato costituito dalla traduzione e dal commento al tit. III del IV Volume del *Commentario alle Pandette* di Christian Friedrich Glück. Le ampie note di commento scritte da Bonfante all'*actio Publiciana* assumono da sole il peso e il valore scientifico di una piccola monografia.

In quegli anni, proprio partendo dalle specifiche interpretazioni proposte nelle *Res Mancipi* in ordine ai caratteri della famiglia romana arcaica e dei poteri del *pater familias*, Bonfante sviluppa una serie organica di ricerche sulla natura della successione testamentaria romana che avrebbero dato luogo agli ampi saggi pubblicati nel corso degli anni '90 sulla natura del sistema ereditario romano e sul significato delle forme più arcaiche di successione *in universum ius* nonché sul rapporto fra la successione ereditaria e quella *ab intestato*.

A questa epoca risale dunque la chiara e precoce identificazione del nucleo centrale degli interessi bonfantiani in tema di storia delle forme giuridiche romane, dove i problemi della proprietà primitiva e della sua evoluzione, nonché del suo rapporto con le strutture familiari e il sistema successorio sono strettamente collegati con la riflessione sulle forme politiche primitive.

In queste prospettive si inquadra un altro filone tematico che viene affrontato da Bonfante nel corso dell'ultimo decennio del secolo e che resterà a lungo presente alla sua attenzione. Mi riferisco alla storia dell'usucapione romana e dei suoi elementi costitutivi cui, sin dal 1891, Bonfante dedica una serie di saggi di ampio respiro che, successivamente, troveranno in gran parte accoglienza nel II volume dei suoi *Scritti*.

Sin dai primordi della sua attività scientifica e poi viepiù nel corso del decennio successivo, i caratteri fondamentali del metodo e delle prospettive di indagine di Pietro Bonfante sono pienamente

definiti, nel senso di un compiuto e consapevole superamento della tradizione pandettistica nello studio del diritto romano. E tuttavia questo non significa certo che lo studioso si riducesse a una prospettiva esclusivamente antichistica nello studio di tale materia.

In questa fase molto precoce della sua esperienza scientifica appare infatti il consapevole orientarsi verso un tipo di analisi dominata dall'interesse per gli aspetti storico-evolutivi degli istituti esaminati e per ciò stesso capace di cogliere, in essi, gli elementi di differenziazione fra il loro significato originario e i successivi sviluppi, sino alle forme presenti ancora nell'esperienza giuridica contemporanea. Ci fermeremo più avanti sulle specifiche valenze metodologiche dell'opera di Bonfante; sin da ora mi interessa però sottolineare il fatto che questa sua prospettiva gli permettesse una particolare sensibilità verso la eterogenesi di significato degli istituti contemporanei rispetto a figure apparentemente analoghe, appartenenti ad altre fasi storiche. Di qui l'interesse degli studi bonfantiani che appaiono a più riprese su vari aspetti di diritto positivo, dove appunto il riferimento al diritto romano e alla sua successiva evoluzione serve ad illuminare con luci contrastanti il loro diverso attuale significato. Ricorderò in proposito i numerosi saggi che vanno dalle obbligazioni naturali al regime del testamento e dei legati, dal contratto di somministrazione di energia al regime delle acque ai fini industriali, dai contratti di borsa a quello della concorrenza industriale ed infine ai suoi numerosi contributi sul regime del condominio.

A cavallo del secolo, nel volger di circa un lustro, appaiono tre opere di Bonfante che, da sole, assicurerebbero all'autore un posto di rilievo nei nostri studi. Le *Istituzioni di diritto romano*, nel 1896, il suo volume sul *Diritto romano* nel 1900 e, infine, nel 1903, la prima edizione della sua *Storia del diritto romano*, con la quale egli si cimentava in un lavoro pionieristico, e destinata ad una durevole fortuna nei nostri Atenei (5).

(5) Nelle biografie e nelle bibliografie di Bonfante la prima ediz. della *Storia del diritto romano* è in genere fatta risalire al 1902. La piccola edizione della «SEL» in verità riporta la data suddetta nel retro del frontespizio, con l'indicazione del luogo di stampa, ma sul frontespizio abbiamo invece l'indicazione dell'anno successivo: P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano, 1903. La prefazione dell'a., a sua volta, è del

In particolare quest'ultima opera presenta, ai nostri occhi una notevole importanza per la ricchezza e la modernità delle questioni affrontate nella sua concezione e nella sua redazione. Non a caso le trasformazioni e gli sviluppi da essa subiti nel corso delle successive quattro edizioni sono assai più rilevanti e incisivi che non quelle delle altre opere che ho sopra ricordato.

Con la *Storia*, Bonfante mirava ad un modello di analisi della «più organica» — si tengano a mente queste sue parole — tra tutte le «storie giuridiche»: quella del diritto romano. Analisi cui egli attribuiva un duplice valore: sia da un punto di vista pratico che per il suo alto contenuto pedagogico, sia realizzando, sempre secondo le sue parole, «il vero ideale scientifico di una storia del diritto». A tal fine egli propone una lettura che definirei «circolare» della storia delle istituzioni giuridiche romane, volta a ricomprendere e a connettere le trasformazioni delle forme politiche e sociali con la storia delle istituzioni pubbliche e con l'evoluzione del diritto «privato» romano. In tal modo egli poteva verificare così quel carattere «organico» del diritto romano che costituisce uno dei punti fermi del suo pensiero.

Questa saldatura fra diritto privato e storia istituzionale è ai miei occhi particolarmente significativa se si considera come, nella successiva generazione di romanisti — malgrado le ripetute indicazioni in tal senso — anche nei migliori manuali di *Storia* traspaia il carattere abbastanza artificiale di questa stessa connessione e la crescente estraneità e insignificanza di riferimenti sempre più rapidi al diritto privato, ormai al margine di una trattazione organicamente ma anche esclusivamente riferita alla storia del diritto pubblico e della giurisprudenza romana.

Ma appunto, in queste successive generazioni uno dei riferimenti concettuali così importanti in Bonfante, costituito dalla tesi del «parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato in Roma» appare sempre più sfuocato. Questa tesi, che sarà poi formulata in un saggio di primaria importanza nella riflessione teorica di Bonfante, partendo dall'idea di una primordiale omogeneità delle forme

settembre 1902 (cfr. p. VII). Nella prefazione, dalla quale ho ricavato i passaggi riportati di seguito nel testo, risulta con molta evidenza l'accento posto sulla maggiore affinità della storia giuridica con le scienze naturalistiche che con le discipline letterarie. Un tratto tipico di quella cultura positivista cui Bonfante aderiva intimamente.

privatistiche e pubblicistiche, permetteva di proporre l'intera vicenda dell'ordinamento giuridico romano come la storia della progressiva diversificazione di questi due settori (6).

Non siamo qui per verificare da vicino la tenuta complessiva di siffatta costruzione che del resto ha ispirato gran parte dell'opera di Bonfante e quella, probabilmente, più originale. È importante invece sottolineare come, in tal modo egli fosse in grado di proporre in una prospettiva fortemente unitaria questi aspetti diversi e sovente distanti della realtà giuridica romana.

Negli anni successivi la produzione del grande romanista, lungi dal rallentare o dal concentrarsi sui singoli filoni di ricerca, prosegue almeno con lo stesso ritmo ed intensità degli anni precedenti.

Così, nel quadriennio che va dal '900 al '904 appaiono i tre densi tomi del XXXIX volume del *Commentario* del Glück, interamente tradotti e commentati da Bonfante e dedicati ai mezzi a tutela della proprietà: la *operis novi nunciatio*, la *cautio de damno infecto* e la *actio de aqua pluvia arcenda*. In quegli anni la pubblicistica bonfantiana relativa anche ai vari aspetti di diritto positivo, cui sopra ho accennato, viene ulteriormente espandendosi, mentre appaiono, soprattutto in coincidenza con la sua stagione pavese e poi con il suo magistero romano, una serie di corsi monografici raccolti dai suoi allievi e che investono i più vari aspetti del diritto romano (7). In essi noi troviamo già il preannuncio di quella che sarà l'ultima e più grande opera di Bonfante.

(6) Si v. la prolusione torinese del 1901 di P. BONFANTE, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, in *Riv. it. di sociol.*, 1902, ora in *Scritti giuridici vari*, IV, Roma, 1925, 28 ss.

(7) Riporto di seguito i corsi di lezioni che mi è stato dato di individuare, senza alcuna pretesa di completezza, ma evitando quanto in genere è stato fatto nelle bibliografie bonfantiane. In esse infatti sono citati solo quei corsi non riassorbiti poi nei volumi del suo *Corso di diritto romano*. Cfr. P. BONFANTE, *Lezioni di diritto romano, (rapporti patrimoniali della famiglia)*, anno 1904/05, Pavia, 1905; *Corso di diritto romano, I. Teoria del possesso (I sem.) e II. Istituti possessori (II sem.)*, anno 1905/06, Pavia, 1906; *Le obbligazioni*, anno 1906/07; *Corso di diritto romano. Della famiglia*, anno 1907/08, Pavia, 1908; *Lezioni di diritto romano. Diritti reali*, Manoppello, 1909; *Teoria della proprietà. Lezioni dell'anno 1909/10*, Pavia, 1910; *Corso di diritto romano. Teoria della proprietà*, anno 1910/11, Pavia, 1911. Ricorderò poi i due corsi successivi e fra loro in stretto rapporto di continuità sulle *Successioni*, per gli anni acc. 1912/13 e 1913/14, nonché l'*Appendice esegetica* (sul condominio) del 1912/13. Cfr. ancora P. BONFANTE,

In quel periodo appaiono ancora altri saggi di rilievo su temi già affrontati dalla riflessione bonfantiana: dal sistema testamentario romano, al regime dei rapporti di vicinanza di cui egli già si era interessato in occasione della sua traduzione e commento del Glück, sino infine alla natura ed ai caratteri del condominio romano.

Ai primi anni del secolo incontriamo poi alcune testimonianze dell'ampiezza di orizzonti culturali di Bonfante e del suo costante interesse verso le nuove aree del sapere rappresentate dalle scienze sociali, dall'antropologia, oltre che da quegli orientamenti comparativistici su cui avremo occasione di tornare più approfonditamente.

Mi riferisco anzitutto alla traduzione, in collaborazione con C. Longo, della monumentale *Giurisprudenza etnologica* di Hermann Post ⁽⁸⁾, nonché alla sua collaborazione con la *Rivista italiana di sociologia* ⁽⁹⁾.

Lucri a causa di morte (I sem.) e *La proprietà* (II sem.) corsi del 1914/15; *Lezioni di storia del diritto romano (Le obbligazioni)*, anno 1918/19, e *Lezioni di diritto romano, I. Le obbligazioni* (prosecuz. dell'anno precedente) e II. *Il possesso*, anno 1919/20; *Lezioni sulle servitù prediali*, anno 1920/21, *Lezioni di diritto romano. Il possesso*, anno 1921/22.

⁽⁸⁾ A. H. POST, *Giurisprudenza etnologica*, trad. pref. e postille di P. Bonfante e C. Longo, I, Milano, 1906 pp. XXIV, 403; II, Milano, 1908, pp. 536. A testimonianza dell'ampia gamma di interessi di Bonfante e, insieme dell'organicità dei suoi filoni di indagine, è significativo il contenuto della sua recensione ad un libro di economia politica. Cfr. rec. a G. VALENTI, *Principi di economia politica*, in *RISG*, 61, 1919, 109 n.

⁽⁹⁾ Essa inizia nel 1902, nel n. VI della Rivista con il saggio già citato in nt. 5 sulla *Progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, e prosegue poi nel numero XII del 1908 con due saggi che aprono e sviluppano la polemica con G. De Sanctis in relazione alle *Tendenze e metodi degli studi storici*, sino infine al n. XXI della Rivista nel 1917, nel quale appare la nota prolusione romana di P. Bonfante già da me ricordata e l'ulteriore sviluppo della polemica con Croce e Gentile nel successivo numero della rivista dell'anno successivo. Debbo altresì ricordare una singolarità che mi è stato dato di riscontrare in questo stesso numero. Nel 1917 infatti, a seguito della morte del prestigioso direttore e fondatore della *Rivista italiana di Sociologia*, G. Cavaglieri, era annunciato alla fine di quell'annata la costituzione di un Comitato di direzione della Rivista stessa composto di sei membri: G. Sergi (già condirettore di essa insieme al predetto Cavaglieri), S. De Sanctis, G. Fiamingo, A. Graziani, A. Niceforo e P. Bonfante. Cfr. *Riv. it. di sociol.*, 21, 1917, 568. Nell'anno successivo tuttavia, sul frontespizio della Rivista apparivano i nomi di questo Comitato, ma senza quello di Bonfante. È quanto mai probabile che egli per qualche motivo che ci sfugge si sia immediatamente allontanato da detto Comitato, giacché di esso, stando alla testimonianza della Rivista, continueranno a farne parte sino alla fine solo gli altri cinque

È questo un aspetto importante nella sua biografia giacché attesta anche in questa forma «esterna» vivi interessi di Bonfante verso queste nuove aree scientifiche. Ed è nel corso di questa collaborazione che si verrà sviluppando la ben nota polemica col De Sanctis. Ma in questa sede interessa piuttosto ricordare un altro episodio anch'esso connesso a tale collaborazione costituito da un'altra polemica che Bonfante ebbe a sostenere dalle stesse pagine della *Rivista italiana di sociologia*. Mi riferisco allo scontro con Giovanni Gentile e Benedetto Croce, allora ancora legati dalla comune fede idealistica.

Anche in questa occasione, come in generale in tutte le varie polemiche scientifiche in cui egli si trovò impegnato, Bonfante sostiene le sue posizioni con grande energia e vivacità. Quest'uomo descritto da tutti coloro che lo conobbero come un carattere mite e schivo, seppure non privo di una sua interiore austerità, per nulla intimidito dall'autorità dei suoi oppositori, scrive pagine cariche di una significativa consapevolezza del proprio ruolo di storico e delle ambizioni scientifiche di cui egli si faceva carico.

Oggi il tempo passato ha steso ovviamente una patina su di esse, così come sulle critiche, forse un pò troppo cariche di sufficienza, di Croce e Gentile. Non si può tuttavia non riconoscere nella polemica bonfantiana la giusta rivendicazione di un'autonomia di metodo e di problemi della disciplina storico-giuridica nei riguardi di quella espansiva predicazione idealistica che tanto peso avrebbe esercitato in Italia nei decenni successivi ⁽¹⁰⁾.

Alla matita rossa e blu con la quale i due illustri filosofi avevano

personaggi da me sopra menzionati. Mi chiedo solo se in tale singolare vicenda non abbia in qualche modo giocato proprio la polemica con Croce e Gentile svoltasi per l'appunto nel primo numero della rivista (nel 1918) edito sotto la guida del nuovo Comitato di direzione.

⁽¹⁰⁾ Sulla prolusione romana di Bonfante intervenne G. Gentile, con una recensione sulla *Critica*, 15, 1917, 254-256, alla quale replicò Bonfante sulla *Rivista it. di sociol.*, 22, 1918, con un saggio su *L'autonomia della scienza del diritto e i confini della filosofia* (ora in *Scritti*, IV, cit., 70 ss.) nei cui riguardi intervenne a sua volta B. Croce con una nota secca e severa, *Filosofia e storia del diritto*, in *La critica*, 16, 1918, 75 ss. Si ebbe infine un'altra replica di P. BONFANTE, *Per la scienza del diritto*, in *Riv. it. di sociol.*, 22, 1918, ora in *Scritti*, IV, cit., 90 ss. con un ulteriore durissimo intervento di Croce sulla *Critica* 17, 1919, 128.

segnato errori e insufficienze del romanista, costui opponeva così una rinnovata difesa del suo evolucionismo e di quella cultura positivista che ne aveva ispirato l'opera sin dai primi anni di attività. Il contrasto fra romanista e filosofi idealisti sembrerà quasi riproporsi molti anni più tardi, quando uno studioso molto attento a questo tipo di problemi come Emilio Betti sentirà l'esigenza di intervenire con forza a difesa delle teorie e del metodo bonfantiano contro le critiche di Pasquale Voci che all'idealismo appare per l'appunto esplicitamente ispirarsi ⁽¹¹⁾.

A partire dal 1916 appaiono a scadenze abbastanza regolari i quattro ponderosi volumi nei quali sono raccolti (con modificazioni e rimaneggiamenti spesso assai profondi) molti dei numerosi scritti sino ad allora prodotti dal grande romanista. Nel 1916 appare il primo volume dedicato ai temi relativi al diritto familiare e successorio, nel 1918 il secondo volume dedicato alla proprietà e alle servitù, in cui, fra l'altro, è riedito con importanti modifiche sostanziali il famoso saggio giovanile sulle *Res mancipi*. Nel 1921 il terzo volume che raccoglie innumerevoli saggi miscellanei dedicati ai problemi relativi alle obbligazioni, alla comunione ed al possesso. Quattro anni più tardi, nel 1925, apparirà infine un quarto volume degli scritti bonfantiani di carattere più eterogeneo, in cui a fondamentali saggi di carattere metodologico si accompagnano altri contributi più orientati su problemi di diritto positivo, altri relativi al regime ed alla riforma dell'Università o, in generale, di carattere più latamente politico.

Si potrebbe immaginare dunque che, giunto ai suoi cinquant'anni, l'infaticabile romanista avesse in qualche modo iniziato a tirare le somme della sua attività scientifica e, piuttosto che spingersi verso nuove imprese, avesse iniziato un lavoro di riepilogo e di sintesi della sua vasta produzione precedente. E tuttavia il carattere «titánico» con cui ho qualificato l'opera bonfantiana si giustifica proprio e soprattutto per quanto invece egli inizierà a fare allora.

⁽¹¹⁾ Mi riferisco all'articolo di P. VOCI, *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, in *St. Arangio Ruiz*, I, Napoli, 1953, 101 ss., e alla replica di E. BETTI, *Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla «familia» romano arcaica*, in *SDHI*, 18, 1952, 241 ss. Di tale a.v. anche la *prefaz.* alla rist., della IV ed. di P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I, Milano, 1958, VII ss.

Da una parte dunque nuove iniziative e avventure, quali l'edizione italiana del Digesto, in collaborazione con gli altri massimi dell'epoca: Vittorio Scialoja, Salvatore Riccobono, Carlo Fadda e Contardo Ferrini, il completamento delle note dell'edizione italiana delle Pandette di Windscheid, la traduzione di altre parti del *Commentario* di Glück. E, soprattutto, la conquista di nuovi territori con la pubblicazione nel '24-25, delle sue splendide lezioni di *Storia del commercio*, frutto del suo insegnamento all'Università «Bocconi» di Milano.

Queste, a loro volta, erano maturate nel quadro di uno specifico interessamento di Bonfante alle problematiche economiche e sociali ad esse connesse e di cui è importante testimonianza la traduzione da lui effettuata dell'opera di Schaubé dedicata appunto alla storia del commercio ⁽¹²⁾. Un'analisi specifica del contenuto di tali *Lezioni* trascende gli orizzonti di questo discorso. Mi limiterò a ricordare rapidamente come, nelle pagine dedicate da Bonfante all'antico Mediterraneo e alla crescita di Roma come potenza imperiale si possa cogliere l'eco di antiche polemiche circa la natura stessa dell'espansionismo romano e il significato della sua crescita a impero mondiale ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Si tratta dell'opera di A. SCHAUBE, *Storia del commercio dei popoli latini del Mediterraneo*, trad. P. Bonfante, Torino 1915. Un volume ponderoso di circa mille pagine pubblicato nella Biblioteca dell'Economista, V Serie, vol. 11.

⁽¹³⁾ A più riprese, nel corso della sua opera, Bonfante ha insistito su una caratterizzazione molto benevola della politica espansionistica romana e dei processi che portarono alla formazione dell'impero romano. L'esaltazione della presenza romana, dell'opera civilizzatrice di Roma e, più in generale, la contrapposizione delle virtù occidentali al despotismo orientale sono motivi antichi e ricorrenti in una certa tradizione culturale. Essi non meravigliano dunque in una personalità come quella di Bonfante e per l'epoca di cui ci interessiamo, anche se per alcuni versi ciò può dar luogo a valutazioni non sempre condivisibili. Piuttosto che richiamarmi alle considerazioni bonfantiane sull'imperialismo romano mi sembra interessante evocare la contrapposizione da lui effettuata fra i sistemi giuridici dell'antico Oriente mesopotamico e l'esperienza arcaica di Roma. Cfr. in particolare l'illustrazione di P. BONFANTE, a *Le Leggi di Hammurabi re di Babilonia*, del 1903, ora in *Scritti*, IV, cit. 151 ss. Ovviamente gli orizzonti del romanista appaiono lontani dalle valutazioni e dalla complessiva interpretazione proposta da G. De Sanctis della politica romana negli ultimi secoli della repubblica; e fu questo un elemento abbastanza centrale nel contrasto scientifico che oppose questi due grandi. Tale elemento riappare, sia pure fuggacemente, anche in P. BONFANTE, *Lezioni di storia del commercio*, I, 1924, rist. Milano, 1982, 141 ss. Fra i

E, infine, si deve ricordare forse la più grande avventura di Bonfante, quella che pone la sua opera a un livello mai precedentemente raggiunto (e non più, forse, raggiungibile) nella tradizione romanistica italiana.

Compare dunque, nel 1925 il primo, denso volume di un più generale *Corso di diritto romano*, dedicato al *Diritto di famiglia*. Nel triennio successivo, dal '26 al '28, appariranno altri due volumi del *Corso* (II.1 e II.2) dedicati alla *Proprietà*. Nel 1930 è pubblicato infine un altro volume (il VI) dedicato alla parte generale delle *Successioni*. Gli ultimi duri anni della sua vita vedranno ancora Bonfante impegnato nel tentativo di completare il grande disegno della sua opera. In preparazione per la stampa era già un altro volume dedicato al *Possesso* quando la morte strappò il grande maestro al suo lavoro diuturno.

Uno dei suoi ultimi allievi, Edoardo Volterra, avrà così il compito onorifico e doloroso insieme di completare per la stampa il volume stesso che apparirà nel 1933.

Il progetto annunciato da Bonfante all'inizio era assai più ambizioso, ricomprendendo due volumi dedicati alle obbligazioni e un altro volume dedicato ai legati e donazioni, nonché un volume volto a trattare i «principi generali». L'autore prevedeva infine la pubblicazione di un altro volume dedicato alla procedura civile romana ⁽¹⁴⁾.

Certo, nella tradizione tedesca grandi opere di sintesi del diritto

motivi abbastanza trascurabili colpisce tuttavia, fra gli addebiti fatti al De Sanctis in ordine alla sua ostilità antiromana, nel IV vol. della sua *Storia*, oltre al frontespizio con la «vignetta rappresentante il legionario romano in atto di calpestare il vinto atterrato e morente», la dedica «a quei pochissimi che hanno parimenti a sdegno di essere oppressi e di farsi oppressori». Il libro di De Sanctis è del '23: una data che sembra passare inosservata al nostro autore, quasi che la dedica del grande storico nulla avesse a che fare con le vicende del presente. Per un'eco della polemica bonfantiana sull'imperialismo romano si v. anche P. DE FRANCISCI, *rec.* alla 3^a ed. della *Storia del diritto romano*, di P. Bonfante, in *BIDR*, 33, 1923, 246.

⁽¹⁴⁾ Sul progetto originario dell'opera cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Roma, 1925, VII. Si v. altresì quanto scrive G. CRIFÒ, *intr.* a P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, IV. *Le obbligazioni*, Milano, 1979, VI s. Va ricordata a tale proposito l'opera meritoria dello studioso ora citato, in collaborazione con il figlio del grande romanista, prof. Giuliano Bonfante, di riedizione di tutte le opere bonfantiane: dal *Corso* al *Diritto romano* e alla *Storia del diritto romano*.

privato romano erano state realizzate, sin dall'anch'esso incompiuto *Sistema* di Savigny, tradotto in italiano proprio dal maestro di Bonfante, Vittorio Scialoja. Ed è inutile ricordare in proposito quale ricca messe di manuali avesse prodotto la tradizione pandettistica, dalla vasta opera di Glück sino appunto all'ultimo e più grande risultato di questa tradizione costituito da quel testo di Windscheid alla cui traduzione italiana aveva pur partecipato il Bonfante.

E tuttavia le dimensioni del disegno progettato dal romanista italiano erano più ampie e ben diversamente orientate.

Che Bonfante si fosse ormai distaccato (pur conservando con essa profondi legami e una intrinseca conoscenza) dalla tradizione pandettistica era già apparso evidente all'apparire delle prime opere di sintesi, le *Istituzioni* prima e poi, soprattutto, il suo *Diritto romano*.

La capacità espositiva e la chiarezza del primo di questi manuali e la completezza della trattazione, pur nella sua ellitticità, non avevano impedito a certi critici, primo fra tutti Silvio Perozzi, di rilevare in essa la preponderanza di una prospettiva fortemente storicizzante e in qualche modo troppo personale o troppo influenzata dagli interessi e dalle problematiche al centro della riflessione bonfantiana di quegli anni rispetto ai criteri caratteristici di quelli che, allora, si riteneva in genere dovessero ispirare un manuale meramente istituzionale ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr. S. PEROZZI, *rec.* a P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, in *BIDR*, 9, 1896, ora in *Scritti* cit., III, Milano, 1948, 667 ss. Si v. ad es. quanto annota sul carattere generale dell'opera recensita: «se questo è un libro storico, non è tuttavia una storia del diritto privato romano. Non si può chiamar tale un'opera in cui ad es. ove si tratta della fideiussione, non c'è parola sull'adstipulatio, sulle differenze nelle norme relative alle tre forme classiche d'adpromissio... ». Ma particolarmente interessante, anche perché chiave interpretativa non priva di valore per una migliore comprensione della logica di fondo di Bonfante è quanto Perozzi scrive poi a p. 669: «L'evoluzione del diritto romano si può narrare in due modi. Si può narrare tutte le modificazioni subite dal diritto romano nel tempo: si può cioè, senza distinzione, narrare tutti i singoli fatti favorevoli, sfavorevoli o indifferenti attraverso i quali codesta evoluzione si è compiuta. Così se ne narra la storia, subordinando questa a un concetto evolutivo. Ed è possibile anche entro certi limiti separare l'evoluzione dal resto della storia; è possibile descrivere lo sviluppo, fermandosi soltanto sui fatti che lo formano e che ne furono l'espressione. È precisamente questo che fa l'A. Coerente al concetto suo e del suo

A quasi un secolo di distanza, forse per una mutata sensibilità dell'osservatore, mi sembra che, tutto sommato, le valutazioni di Perozzi andassero oltre il segno. Esse però ci fanno cogliere quanto di innovatore già ci fosse in quest'opera del '98, che pur conservando il suo carattere istituzionale, offriva al lettore una profondità di campo precedentemente sconosciuta.

In tal modo insomma era possibile esporre «la storia», piuttosto che il «dogma», per usare una formulazione dello stesso Perozzi. E diveniva ugualmente possibile all'autore delineare rapidamente le caratteristiche evolutive e la trasformazione dei vari istituti nel lungo corso della storia del diritto romano. Caratteri oggi pacifici per la nostra più recente manualistica, ma che, allora, apparivano fortemente innovatori rispetto a una tradizione di insegnamento essenzialmente appiattita sul diritto giustiniano.

Ma è soprattutto al successivo suo *Diritto romano* nonché alla

tempo egli intende a narrarci come il diritto quiritario romano primitivo si trasformò in diritto romano-universale e quindi in diritto elleno-romano. Queste tre epoche che l'A. distingue non sono le epoche preferite dagli storici del diritto romano, ma esse devono essere preferite da chiunque non la storia, ma l'evoluzione di quel diritto intenda narrare. E così le lacune storiche, che il libro presenta, trovano tutte o quasi la loro spiegazione nel carattere insignificante dei fatti omessi per l'evoluzione in discorso, che egli cerca di presentarci nei singoli istituti, in cui essa è visibile». Ho citato testualmente questo lungo passaggio della recensione di Perozzi perché esso mi sembra evidenzi assai bene una linea di forza di questa come delle altre opere bonfantiane. Ma l'importanza delle pagine di Perozzi va assai al di là e deve essere adeguatamente segnalata perché ci fa cogliere bene la temperie e le coordinate entro cui si colloca la prima fase di attività scientifica di Bonfante. Così con molta precisione Perozzi individua uno dei problemi centrali affrontati da Bonfante nella necessità di riproporre un corretto rapporto tra il diritto romano e i diritti contemporanei, laddove appunto più aveva giocato l'erronea idea di una continuità destinata a tradursi in sostanziale identità dei vari istituti. È vero che proprio questa esigenza di fondo e il conseguente impegno a dimostrare il persistere dell'essenza di un istituto anche laddove il suo aspetto esterno fosse mutato, e viceversa, il modificarsi di questa essenza anche con il permanere del medesimo aspetto esterno ha fatto sì che Bonfante *non* scrivesse un manuale di Istituzioni. Ma questo non vuol dire, agli occhi di Perozzi, un disvalore del libro, forse poco adatto alla didattica ma molto utile agli studi ed al rinnovamento del diritto romano. Importanza e grande ampiezza di orizzonti dunque di quest'opera bonfantiana, nella valutazione del suo censore, e straordinaria sua novità. Conclude Perozzi con accento fortemente positivo, come «questo libro ... in merito delle sue qualità di pensiero non ricorda nessun altro lavoro italiano o straniero di istituzioni o di pandette» (p. 675).

Storia del diritto romano che dobbiamo rivolgerci per cogliere il maturarsi di quella prospettiva metodologica che troverà poi i suoi risultati più densi nel *Corso di diritto romano*.

E in effetti nel *Diritto romano* noi vediamo la complessiva interpretazione della storia e delle trasformazioni dei vari istituti e delle varie aree di diritto privato fortemente assata su quelle tematiche tipicamente bonfantiane quali la natura della originaria organizzazione familiare romana e della signoria del *pater* sui beni e le persone e le forme di successione in essa. In essa a ragione uno dei maggiori allievi di Bonfante e quello che ha proseguito la sua opera in più intima connessione con le linee culturali del maestro, Pietro De Francisci, vedeva «l'opera più originale e poderosa nella sua meravigliosa unità»⁽¹⁶⁾. Qui in effetti il metodo di Bonfante e le sue stesse tematiche trovano uno sviluppo personalissimo dominato dalla persistente ricerca dell'evoluzione dei singoli istituti giuridici. Nel *Diritto romano* l'interesse dell'autore sembra concentrarsi essenzialmente sul processo evolutivo interno alle singole figure, piuttosto che non su una storia delle forme giuridiche inquadrata in più ampi processi storici.

Una scelta del genere non rinuncia certo a sottolineare le dimensioni storiche dei fenomeni considerati, ma le filtra attraverso quella tipica ottica evolucionista che è stata una caratteristica fondamentale di Bonfante nel corso di tutta la sua lunga opera. Si trattava anzitutto di indagare i meccanismi e i fattori interni allo sviluppo del singolo istituto e che ne regolano la trasformazione; e solo dopo di inquadrare siffatto tipo di processi evolutivi nei più ampi orizzonti della storia sociale e politica.

Della *Storia del diritto romano* si è già accennato alla complessità dei motivi che ne sono alla base e del ricco quadro storiografico che ne costituisce il presupposto, ancora più maturo ed ampio, in ultima analisi, delle opere precedenti.

Sono queste le esperienze culturali e il vero punto di riferimento da cui parte Bonfante per la sua ultima e più grande impresa. Il materiale su cui egli verrà poi lavorando è ovviamente costituito da ricchissimi corsi impartiti negli anni precedenti.

Ma, soprattutto, esso è rappresentato da quelle numerose e

⁽¹⁶⁾ Cfr. P. DE FRANCISCI, *Commemoraz. di P. Bonfante cit.*, XLVI.

vaste indagini su settori interi del diritto romano — dall'organizzazione familiare romana alle forme della proprietà, dal sistema successorio alla storia dell'usucapione, dalla natura delle obbligazioni arcaiche a quella dell'antico condominio, sino ai rapporti di vicinanza — in cui il grande maestro aveva lasciato la sua impronta profonda e originale.

Il *Corso di diritto romano*, in qualche modo, potrebbe essere interpretato come uno straordinario tentativo di riproporre nella sua forma più organica e comprensiva una generale interpretazione dell'evoluzione delle forme giuridiche romane nell'ambito di quelle grandi periodizzazioni che lo stesso Bonfante aveva proposto tanto tempo prima, incarnando così, con la ricchezza dell'analisi e con la solidità di risultati, quei postulati evolucionisti cui il suo autore resterà fedele lungo tutto il corso della sua vita.

Ma lasciamo ora la troppo rapida rivisitazione di questa straordinaria vicenda scientifica per considerare gli aspetti metodologici dell'opera bonfantiana, cercando peraltro di non isolarla dal contesto culturale e storico cui apparteneva. E torniamo così, ancora una volta, all'opera giovanile sulle *Res Mancipi*.

«Nessun altro studio poteva essere più sconsigliato e giudicato più infecondo di quello che avesse riesaminato ancora una volta la distinzione fra *res Mancipi* e *nec Mancipi*», scriveva dunque Albertario nel commemorare il suo grande maestro scomparso, aggiungendo con forza: «Il Bonfante ci si provò; e la sua indagine fu il vittorioso superamento di tutte le precedenti e una vera proiezione luminosa su uno dei punti più oscuri di tutto il diritto» (17).

Due aspetti vorrei immediatamente mettere in evidenza, fra loro del resto strettamente collegati. La capacità di Bonfante di ricondurre alcuni problemi interni alla storia delle forme giuridiche romane ad un più vasto insieme di questioni che finivano con l'investire la sostanza stessa della più antica storia di Roma. Capacità questa che già dava la misura della creatività e della ricchezza del quadro di riferimenti di cui disponeva l'autore. Ma anche, va sottolineato, in questo suo tentativo, Bonfante disponeva di un appoggio e di una guida in Vittorio Scialoja che probabilmente

(17) E. ALBERTARIO, *Pietro Bonfante*, in *IUS*, 25, 1933, 7.

andavano al di là del ruolo attento e incoraggiante di un buon maestro.

Forse non ripeterei ora in modo così netto certe mie affermazioni di un tempo circa la sostanziale concordanza delle teorizzazioni di Scialoja sul sistema successorio romano e le più tarde ipotesi bonfantiane affacciate sin dal primo saggio dell'88-89 (18).

(18) Cfr. su questo punto la mia *Struttura della proprietà e formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, 166, 166 s. nt. Le considerazioni ivi effettuate, nel complesso, non mi sembrano inesatte né erronea la valutazione della documentazione ivi considerata. Resta tuttavia il dubbio che, in tale occasione, io non abbia adeguatamente utilizzato un'altra diretta testimonianza dello stesso Bonfante. Mi riferisco a quanto egli scrive nell'introdurre la ristampa del suo articolo sull'*Origine dell'«hereditas» e dei «legata»*, nel vol. I dei suoi *Scritti giuridici vari*, Roma, 1916, 102 ss. in ordine ai precursori della sua specifica interpretazione del significato della successione ereditaria arcaica romana. Ivi infatti, dopo aver menzionato come tali G. B. Vico e H. S. Maine, richiamandosi a V. Scialoja, ribadisce il collegamento fra le sue teorie a quelle del suo antico maestro (anzi aggiungendo a tale proposito una preziosa indicazione sulle «conversazioni private» intercorse a suo tempo fra i due: p. 105) anch'egli orientato verso una interpretazione in senso «politico» della famiglia romana. E, tuttavia, di seguito egli aggiunge come, malgrado tutto, «nel concetto della successione Scialoja era ancora sul terreno patrimoniale» il che, fra l'altro gli impedì di chiarire il reale fondamento del principio romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Principio che, invece fu per la prima volta correttamente interpretato nel suo reale significato storico dallo stesso Bonfante nel suo saggio dell'88/89 sulle *Res Mancipi* (p. 105 s.). In verità quanto sostiene Bonfante appare lievemente diverso da alcune indicazioni contenute proprio in apertura del testo originale del saggio ora citato sull'*Origine dell'«hereditas»*, in *BIDR*, 4, 1891, 97-99. Si tratta per l'appunto di un paragrafo introduttivo che, poi, nel I vol. dei suoi *Scritti* sarà sostituito da un testo integralmente nuovo e nel quale sono contenute le affermazioni che ho sopra riportato. Nelle pagine del '91, al contrario, Bonfante cita precisamente il testo delle *Lezioni* di Scialoja dell'86/87 come la precoce testimonianza dell'emergere dell'idea della successione *mortis causa* come successione in un ruolo politico (su tal opera rinvio al mio testo citato all'inizio della presente nota). Ma soprattutto Bonfante, nel riconoscere allora il ruolo avuto da Scialoja nella maturazione dell'idea del carattere «politico» della successione al *pater familias* defunto, citava la dissertazione svolta dal suo maestro nel marzo del 1890 intorno al principio *nemo pro parte testatus* etc. e nella quale si riconosceva il carattere di successione «nella sovranità domestica». Il rapporto fra i due autori è senz'altro assai complesso e, direi, la stessa successiva testimonianza di Bonfante, se forse più precisa, non è tale da far svanire nel nulla affermazioni sue più antiche e la stessa affermazione di Scialoja. Non solo, ma essa stessa appare a sua volta contraddittoria con quanto contemporaneamente egli scriveva nello stesso volume dei suoi *Scritti*, I, cit., 153, nel ripubblicare un suo saggio nel '94 e con quanto aveva affermato negli *Studi Scialoja*, ora in *Scritti*, I, cit., 250 s. Incertezze e modifiche molto

È però indubbio che il giovane allievo si impegnasse su campi tematici e secondo una metodologia da lui stesso forgiata che mostra un'affinità non casuale con le indicazioni e gli interessi che, negli anni precedenti, erano stati sviluppati da Vittorio Scialoja in più occasioni ⁽¹⁹⁾.

Non possiamo certo tornare qui ad analizzare tutto il complesso intreccio di motivi e le linee ispiratrici di una ricerca così ricca come quella di Bonfante sulle *Res Mancipi*. Anche se, mi sembra giusto riconoscerlo, le riflessioni sviluppate in proposito dalla romanistica moderna (ivi compreso il sottoscritto) sono lungi dal potersi considerare esaustive. Vi sono però alcuni aspetti che converrà rapidamente ricordare.

Anzitutto la tesi di fondo del libro, che sempre più chiaramente ispirerà la successiva opera del grande romanista. Mi riferisco all'idea del carattere «politico» delle strutture familiari e gentilizie, come forme statali anteriori alla affermazione della *polis*. Sarebbe stato il carattere politico del potere del *pater* — termine quest'ultimo che in origine avrebbe connotato non già un rapporto di parentela, ma una forma di signoria — a spiegare la natura originaria del potere sulle *res Mancipi*, concepite come beni di interesse del gruppo e sottratte al godimento individuale.

Bonfante sin dall'88-89 cercava di seguire una via autonoma rispetto alle teorie allora così diffuse (seppure ormai già in crisi) che ricomprendiamo sotto il termine di «patriarcali» e che si associavano strettamente a nomi illustri nelle scienze storiche europee come quelli di Fustel de Coulanges e di H. S. Maine. Autori questi, specie l'ultimo, ampiamente citati dal giovane Bonfante. Mi sembra che, allora, la differenza di fondo consistesse in due aspetti effet-

significative e che io interpreterei come accenti ora posti su un aspetto, ora sull'altro, di un processo di maturazione di idee che, comunque, erano nell'aria. Queste diverse testimonianze, insieme alle indicazioni contenute poi a p. 107 s. del vol. I degli *Scritti* ci aiutano a valutare la complessità e per certi versi, la stessa ambiguità del rapporto fra maestro e allievo. I riconoscimenti reciproci, la costanza della grande amicizia fra i due (togliendo ogni ombra ai diversi accenti bonfantiani che ho ora evidenziato) ci aiutano ulteriormente a percepire l'intreccio di continuità e di novità che unisce, fra la fine degli anni '80 e l'inizio del successivo decennio l'indagine del giovane e geniale discepolo alla riflessione del non meno grande maestro.

⁽¹⁹⁾ V. già la mia *Struttura*, I cit., 90 ss.

tivamente abbastanza originali nella rappresentazione bonfantiana. Il primo è costituito dal deciso riconoscimento del carattere statale dei primitivi organismi familiari da lui effettuato (diversamente in parte da Maine che tendeva piuttosto a individuare analogie di funzioni e anticipazioni).

Ma è ad un secondo aspetto degli schemi bonfantiani che dobbiamo rivolgerci con maggiore attenzione. Esso infatti, più forse di quello ora accennato cui pure lo stesso Bonfante darà in seguito tanto peso, è più significativo di un distacco già netto delle sue tesi dagli schemi patriarcali, in particolare dai modelli mainiani.

In effetti Bonfante collocava la stessa formazione dei sistemi familiari come strutture «politiche» all'interno di un processo evolutivo più ampio, nel quale l'immagine dell'orda primitiva, da poco evocata dagli avversari delle teorie patriarcali quali McLennan e Morgan, veniva ad avere un rilievo non marginale. In tal modo se ne avvantaggiava la profondità di campo della visione così proposta, rispetto alla semplicità degli schemi patriarcali. Ed è questo uno dei motivi per cui si giustificherà in seguito la pretesa di Bonfante di una maggiore vicinanza delle sue idee di un tempo con le nuove teorie di Eduard Meyer circa le forme originarie della società antica, esposte agli inizi del '900 e radicalmente in antitesi con le vecchie ipotesi patriarcali ⁽²⁰⁾.

D'altra parte la stessa polarizzazione della storia primitiva fra due realtà quali la più vasta «orda» o «unità nazionale» come veniva indicata da Bonfante, e il gruppo più ristretto, la famiglia agnaticia, permetteva al giovane romanista di riproporre, anche qui in termini assai più articolati, i problemi, allora così discussi, concernenti la presenza di forme di proprietà collettiva contemporaneamente o addirittura anteriormente alla genesi della proprietà privata.

Su questo punto infatti Bonfante si mostra ben consapevole del dibattito in corso nella cultura europea, tentando anche qui una

⁽²⁰⁾ Cfr. su questo punto quanto scrive BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, in *RISG*, 55, 1915, ora in *Scritti*, I, cit., 18 nt. 1, e soprattutto p. 26 ss.; 35 s.; 44. Sottolineo di passaggio l'importanza di questo saggio di Bonfante per il tentativo esplicito di collocazione delle proprie teorie nel più vasto ambito dei filoni storiografici di fine ottocento. Sul tema qui accennato si v. il mio articolo su *Eduard Meyer e le teorie sull'origine dello Stato*, in *Quaderni fiorentini*, 13, 1984, 451 ss.

strada autonoma caratterizzata da una maggiore ricchezza di punti di riferimento.

Egli associa così alle forme più ampie di organizzazione sociale il tipo più netto di proprietà collettiva, sfumando poi il passaggio dalle forme collettive a quelle individuali all'interno del gruppo politico minore: la famiglia agnaticia. In essa coesistono, insieme alle due categorie di *res* — le *mancipi* e le *nec mancipi* — due forme di appropriazione dominata l'una dal preminente interesse collettivo, l'altra invece di natura essenzialmente individuale.

In verità il complesso di ipotesi che si veniva così proponendo, lungi dall'apparire il risultato di un'operazione sincretistica dei motivi che allora dominavano lo studio delle società primitive, si proponeva in termini di grande originalità. Originalità che, anche a causa delle successive riformulazioni della sua ipotesi, non è sempre stata adeguatamente percepita da noi romanisti ⁽²¹⁾.

Su alcuni aspetti vorrei richiamare l'attenzione dei lettori: anzitutto sul fatto che Bonfante, pur identificando allora l'originario organismo familiare «sovrano» nel gruppo agnaticio, insistesse sul carattere poliforme della struttura sociale primitiva, rappresentato dalla presenza di più organismi — di dimensioni e con caratteristiche diverse — che potevano di volta in volta imporsi

⁽²¹⁾ Non riprenderò qui, ancora una volta, la storia della fortuna delle idee di Bonfante in tema di formazioni sociali e sul dibattito svoltosi, sino a questi ultimi anni, intorno alla natura e alla funzione delle strutture preciviche. Mi permetterò invece di citare un mio breve contributo apparso di recente, *Le «res mancipi» e «nec mancipi» di Pietro Bonfante: 1888-89*, in *IVRA*, 31, 1980, 101 ss. In tale occasione ho cercato di rettificare una rappresentazione semplificata e pertanto distorta dell'originaria costruzione bonfantiana, presente nella letteratura di quest'ultimo mezzo secolo e che, in parte, caratterizza la mia stessa *Struttura* cit. Uno dei fattori che credo abbia giocato in tal senso, oltre allo stesso successo delle idee bonfantiane ed alla loro conseguente «volgarizzazione», è stata la stessa revisione effettuata da Bonfante, in occasione della ripubblicazione della sua opera dell'88/89 nel secondo volume dei suoi scritti, delle ipotesi in essa contenute. Nel ricordare, su Bonfante, il rapido ma come sempre fecondo inquadramento effettuato da A. MOMIGLIANO, *New Paths of Classicism in the Nineteenth Century*, in *Hist. & Theory*, 21, 1982, 25 ss., il ricordo torna con grande melanconia ai nostri prolungati e ripetuti colloqui su tali argomenti, all'intreccio di interessi e di citazioni, di problemi storiografici e di aneddoti, all'evocazione di atmosfere già antiche nella giovanile età di Momigliano. E con il senso di ciò che si è perso, alla memoria del grande maestro ed amico dedico questo studio su un'altra maestosa figura a me cara sin da tempi ormai lontani.

come elementi centrali del sistema sociale. Questo carattere articolato e non imprigionabile all'interno di uno schema evolutivo rigidamente unilineare (come invece, in ultima analisi, finivano con l'essere tanto le costruzioni di Maine che quelle di McLennan, Lubbock e Morgan) è un elemento che resta utilizzabile ancor oggi.

D'altra parte Bonfante, come tutti gli altri studiosi dell'epoca, valorizzava in modo particolare la possibilità di comparazione, ai fini della sua interpretazione dei caratteri dei gruppi familiari primitivi, delle società indoeuropee. Così, nel tracciare la storia della società romana arcaica erano da lui utilizzati i dati appartenenti ai vari popoli indoeuropei: gli Slavi, gli antichi Indù e il mondo germanico.

E tuttavia, proprio nel libro del 1888/89 noi incontriamo un uso spregiudicato — disordinato possiamo pur dire — di un comparativismo spinto in tutte le direzioni e, a differenza che nel Maine dell'*Ancient Law*, particolarmente attento alle istituzioni dei contemporanei «selvaggi». È questo un aspetto degli interessi giovanili di Bonfante da non sottovalutare e che tornerà alla nostra attenzione. Ed infatti l'orizzonte indoeuropeo non è mai divenuto in Bonfante — neppure nei suoi anni giovanili quando esso era maggiormente presente all'attenzione sua e dei suoi contemporanei — una gabbia entro cui confinare il suo comparativismo.

Sin da allora infine, Bonfante associava la sua interpretazione delle forme della proprietà primitiva presso i Romani e del carattere «politico» degli ordinamenti familiari ad una nuova interpretazione del sistema successorio romano arcaico, inteso come successione non già nella titolarità di beni materiali, ma nella sovranità sul gruppo familiare. Successione nella sovranità della quale l'erede sarebbe stato investito attraverso la designazione da parte del predecessore. Di qui l'idea dell'antiorità della successione testamentaria rispetto a quella *ab intestato*. Di qui, ancora, la plausibilità che uno solo dovesse succedere al *pater* nella sovranità sul gruppo.

Quello del carattere della successione ereditaria romana diverrà, negli anni successivi, il terreno centrale degli interessi bonfantiani, quasi che su di esso si misurasse la validità di tutto l'ampio disegno di una società arcaica e del suo diritto, per molti versi e nelle sue linee essenziali già completato nel saggio dell'88. E, direi, se pure la più generale interpretazione del grande romanista in ordine ai

caratteri della proprietà romana arcaica, delle strutture familiari, della conseguente natura dei poteri da *pater familias* avrebbe subito più di una erosione e trasformazione nella successiva riflessione dei romanisti, sarà questo l'aspetto che, in futuro, evidenzierà maggiormente una certa crisi del sistema bonfantiano.

Ma da questa, negli anni '90, siamo ben lontani: al contrario vediamo allora svilupparsi vigoroso un insieme di saggi, anche diversamente orientati e dai contenuti apparentemente lontani, ma tutti capaci di convergere verso quella sempre più organica rappresentazione dell'originario sistema giuridico e sociale romano e del ruolo centrale degli ordinamenti familiari. È allora inoltre che, sulle varie ipotesi proposte da Bonfante e, più in generale, sulla sua interpretazione della natura della società romana arcaica si concentra l'interesse dei romanisti, specie in Italia.

Da allora le grandi costruzioni bonfantiane, diverranno un punto di riferimento obbligato nella riflessione storico-giuridica in tema di origini cittadine e, più in generale, sulle forme familiari e proprietarie primitive. Ed esse incideranno anche su tradizioni di studi apparentemente lontane e diverse dagli orientamenti che ispiravano Bonfante.

È soprattutto in relazione agli approfondimenti relativi al sistema successorio romano che, nel grande romanista, si viene precisando una maggiore consapevolezza metodologica, rispetto ai suoi scritti precedenti.

Se la teorizzazione del c.d. «metodo naturalistico» troverà solo agli inizi del secolo la sua matura esposizione da parte di Bonfante, è indubbio che la prima consapevole sua applicazione e la sua elaborazione pratica risalgono agli stessi inizi della sua attività scientifica. Ed è nel campo delle successioni che, come meglio chiarirò più avanti, essa ha avuto le sue prime verifiche e la sua formulazione.

Sotto questo profilo dunque noi ci troviamo di fronte a una rapida maturazione nello strumentario concettuale del giovane romanista. Egli partiva, come s'è detto, da un'utilizzazione abbastanza immediata di strumenti tipici della cultura positivista e che si erano ormai diffusi anche tra i romanisti, soprattutto fra coloro che venivano interrogandosi in tema di «origini». È indubbio tuttavia che, se i singoli elementi di questa impostazione non si presentano in termini di assoluta originalità, l'organica formula-

zione che ne viene proposta dal nostro romanista assume una fisionomia originale e significativa.

Il primo aspetto che occorre qui ricordare è rappresentato dall'ampia utilizzazione, sin dalla prima opera sulle *Res Mancipi*, del metodo comparativo, giunto in quegli anni al massimo della sua diffusione. E in verità di questo metodo si tratta quando Bonfante, nel libro ora citato, propone la utilizzazione di uno strumento indicato, con qualche pretesa di originalità, come metodo «induttivo», distinto a sua volta in due forme: una induzione assoluta e una induzione relativa.

La prima si riferirebbe dunque a qualsiasi popolo, «o almeno a un momento dell'evoluzione universale» e troverebbe fondamento nel carattere universale della natura, la seconda invece riferita «ai popoli di un determinato gruppo etnico», sarebbe volta a cogliere gli «elementi storici di uno sviluppo comune», al fine di riconoscere «l'esistenza di atteggiamenti concreti di quelle forme universali corrispondentemente a quegli elementi comuni dello sviluppo».

Sin da questa prima opera bonfantiana noi vediamo così coesistere due forme diverse di comparativismo: da una parte un sistema di analisi dal più ampio orizzonte e che utilizza un insieme assai ricco, ma eterogeneo di dati, ricavati prevalentemente dai moderni «selvaggi», dall'altro un comparativismo invece circoscritto alla storia dei popoli indoeuropei e alle analogie evolutive che si possono cogliere in essa (22).

Inutile dire come, proprio nei nostri studi, questo secondo fosse

(22) Cfr. P. BONFANTE, *Res Mancipi e nec Mancipi*, Roma, 1888, 265 s. In queste pagine Bonfante, riprendendo quanto aveva già accennato all'inizio del suo saggio, p. 6 s., sottolinea l'equivalenza del metodo comparativo con il metodo storico e afferma altresì la superiorità rispetto ad essi della «vera induzione alla mera comparazione storica». Di qui l'opportunità di designare il metodo stesso come «induttivo». In particolare da p. 6 si ha una conferma anche esplicita di quanto tali riflessioni siano state a loro volta influenzate dalle prospettive mainiane. Ad esse risale del resto la stretta associazione del metodo storico con la «giurisprudenza comparata» concepita come naturale sviluppo di quello. Un altro aspetto da evidenziare è la ispirazione che anche Bonfante trae nelle sue prospettive di ricostruzione della storia arcaica e delle origini delle istituzioni sociali e giuridiche romane dalla linguistica comparata: cfr. p. 7. Soprattutto a p. 265 ss. di *Res Mancipi* cit. (= *Forme primitive* cit., 277 ss.), la peculiare attenzione dedicata ai popoli indeuropei fa pensare a una diretta influenza di H. S. Maine e del suo metodo. Cfr. infine, per gli anni successivi la pref. a Post. *Etmologia* cit., XI.

particolarmente importante negli anni di formazione del giovane Bonfante: basti citare in proposito i nomi di Maine, di Fustel, di Jhering, di Leist, e, per certi versi, dello stesso Mommsen. Tuttavia sarà proprio questa prospettiva a rivelarsi più caduca nella successiva vicenda intellettuale di Bonfante.

Nelle *Res Mancipi*, come ho già avuto occasione di accennare in precedenza, questa doppia prospettiva coesiste permettendo al suo autore di riferirsi ora ad un'area più ristretta di raffronti, ora di spaziare verso pratiche e istituzioni dei contemporanei «selvaggi».

Ho tuttavia l'impressione che, sin da quei primi anni, la netta adesione di Bonfante alle prospettive comparativiste nel campo della ricostruzione degli istituti giuridici primitivi non fosse scevra da qualche preoccupazione in ordine ai criteri per una corretta applicazione di tale metodo. In questo senso potrebbe deporre lo stesso tentativo bonfantiano or ora accennato di riproporre siffatta metodologia attraverso una autonoma ridefinizione, ma soprattutto è significativa la presenza sin dalla opera sulle *Res Mancipi* di una serie di accenni circa la necessaria cautela nell'utilizzazione di questi strumenti comparativistici ⁽²³⁾.

Negli anni successivi questi ultimi diventeranno più insistenti sino a delineare una vera e propria presa di distanza da parte di Bonfante rispetto ad alcuni aspetti fondamentali dell'uso della comparazione giuridica.

L'aspetto che più decisamente entra in crisi è l'uso del paradigma indoeuropeo nella ricostruzione storica: il distacco da tale orientamento è netto sin dai primi anni del nuovo secolo. Sulle idee correnti nella seconda metà dell'800 e da lui stesso condivise in giovinezza circa le origini arie e su quell'enorme complesso di ipotesi fondate sul presupposto di un'originaria unità etnica dei popoli parlanti le lingue indoeuropee si ha infatti nello studioso una radicale revisione di idee. Revisione che, fra l'altro, sarà uno degli elementi non secondari che giocheranno sull'atteggiamento di Bonfante nei riguardi della *Storia* di De Sanctis e che rileveranno esplicitamente nella successiva polemica da me già ricordata ⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ Cfr. in tal senso BONFANTE, *Res Mancipi*, cit., 7, 265. Cfr. per gli anni successivi la pref. a Post, *Etnologia* cit., XI.

⁽²⁴⁾ Si v. P. BONFANTE, *Tendenze e metodi recenti negli studi storici*, in *Riv. it. di sociol.*, 12, 1908, 222 ss.; *Questioni di critica storica*, *ibid*, 815 s.; e soprattutto *Le*

Io credo che uno degli elementi che pesasse non poco su questo mutato atteggiamento di Bonfante, su questo punto, fosse rappresentato dalla sua ripetuta polemica contro i confronti e le analogie troppo facili fra le istituzioni successorie romane e quelle greche. Proprio al fine di difendere la sua specifica interpretazione della natura della originaria successione ereditaria romana, Bonfante insisteva piuttosto sulla profonda diversità di questa con il regime greco, non appena, superate le facili e superficiali assonanze, ci si fosse spinti a indagare le loro funzioni e la loro struttura ⁽²⁵⁾.

Proprio nel momento in cui tale autore metteva in dubbio la legittimità di una comparazione ariana o greco-italica, egli ribadiva la possibilità di una comparazione etnologica generale. Così ad es., mentre negava le analogie fra sistema ereditario romano e sistema greco, egli si spingeva a tracciare le straordinarie somiglianze delle istituzioni romane con quelle giapponesi. Somiglianze non già influenzate da prestiti e derivazioni ma dalla intrinseca necessità originata dalla analogia di funzioni e di significato delle varie strutture ⁽²⁶⁾.

Ancora negli ultimi decenni della sua attività scientifica si potranno incontrare negli scritti di Bonfante confronti e richiami alle istituzioni dei vari popoli, che collegavano, secondo le sue stesse parole, «l'analogia degli istituti giuridici alla eguaglianza di condizioni di vita e di sviluppo dei popoli, indipendentemente da qualsiasi origine comune dimostrabile e da qualsiasi contatto» ⁽²⁷⁾.

affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco, in *Riv. st. ant.*, 1910, ora in *Scritti*, I, cit., 346 ss. 356 ss. Importante ivi la citazione di autori impegnati in questo tipo di comparativismo come Leist, Jhering, Mommsen e Fustel per comprendere i punti di riferimento dell'a.

⁽²⁵⁾ Cfr. in particolare BONFANTE, *Il testamento in diritto comparato. Germi veri e false analogie*, in *Filang.*, 30, 1905, ora in *Scritti.*, I, cit., 324 ss.; 334 s.: *L'origine dell'«hereditas» e dei «legata»*, in *BIDR*, 4, 1891, ora in *Scritti*, I, cit., 145 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. P. BONFANTE, *L'origine dell'«hereditas» dalla successione sovrana e le critiche al concetto*, in *Filang*, 1905, 10 s. (estr.); *Le affinità* (1910), in *Scritti*, I, cit., 352. Cfr. anche *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia* (1925), rist. Milano, 1963, 12 nt. 1. Sottolineo l'insistenza dell'autore nel descrivere la successione di un unico figlio nel ruolo del padre. In tal modo il diritto giapponese è direttamente utilizzato a confermare l'essenza dell'idea bonfantiana del capo politico che succede al predecessore conservando unito l'organismo politico.

⁽²⁷⁾ Così nella prefazione comune di P. Bonfante e C. Longo alla trad. it. di A. E.

L'intima assonanza delle prospettive bonfantiane con filoni di indagine come quelli rappresentati in Germania da Kohler e dalla prima stagione della sua *Zeitschrift f. vergleichende. Rechtswissenschaft*, se ancora tutta da indagare, appare però duratura nel tempo ed ha un momento particolarmente alto nella traduzione di Post già da me ricordata.

Questa evoluzione di Bonfante si riflette così in maniera esemplare nella riedizione del suo saggio giovanile sulle *Res Mancipi*, nel secondo volume dei suoi *Scritti*. Ora, nel 1917, gli ampi e ripetuti riferimenti alle istituzioni di altri popoli indoeuropei sono radicalmente tagliati, così come anche i richiami ai moderni «selvaggi» appaiono meno frequenti che nel testo originale. Ma le modifiche sono ancor più sostanziali giungendo a riflettersi sulla stessa interpretazione bonfantiana delle forme politiche preciviche ⁽²⁸⁾.

Malgrado la rilevanza di questo diverso orientamento che segnerà tutta la seconda parte dell'opera scientifica di Bonfante, è interessante evidenziare la cautela di questo disimpegno bonfantiano e, almeno in apparenza, la assenza di un appropriato tentativo di giustificazione di questa svolta.

Ma soprattutto è importante sottolineare il significato relativamente circoscritto. In nessun modo infatti essa può interpretarsi come l'abbandono di quella più generale impostazione evoluzionista che aveva caratterizzato la precedente opera di Bonfante e alla quale indubbiamente si ricollegavano gli orientamenti comparativistici nei vari settori delle scienze sociali di fine '800.

L'evoluzionismo del grande romanista troverà infatti la sua forse più coerente ed esplicita formulazione nella prolusione romana del 1917, allorché appunto il suo abbandono del comparativismo

Post, *Giurisprudenza etnologica*, I, cit., 1906, XII. In quegli stessi anni si faceva sempre più evidente la sua decisa ostilità verso il comparativismo indoeuropeo: cfr. ad es. l'articolo di Bonfante sul metodo filologico, in *Scritti A. Salandra*, Milano, 1926, 128, su cui tornerò più ampiamente in nt. 42.

⁽²⁸⁾ Cfr. P. BONFANTE, *Scritti*, cit., II, Torino, 1918, 294 nt., 303 nt. 2. Cfr., anche *Scritti*, I, cit., 110, *Postilla*. Si tratta, com'è noto, dell'abbandono da parte di Bonfante del riferimento alla grande famiglia agnaticia come la struttura politica primitiva cui associare la titolarità delle *res Mancipi*, con il conseguente riferimento alla *gens* come il soggetto di tale signoria politica. V. però quanto accennato nella nota 22.

indoeuropeo e il suo relativo distacco dai più generali metodi comparativi era già nettamente delineato.

In questa prolusione infatti Bonfante, enuncia nella sua forma più compiuta e consapevole le linee portanti e i caratteri del metodo della ricerca storico-giuridica, da lui designato, come ben sappiamo, come il «metodo naturalistico» che diventa esso stesso l'oggetto ultimo della indagine storiografica. Questa sua teorizzazione lungi dall'apparire come una svolta nella riflessione bonfantiana, appare la coerente conclusione di premesse già presenti nell'opera del grande romanista, sin dai primi anni di attività (29).

Già allora infatti Bonfante si era rifatto a uno strumentario concettuale ampiamente diffuso nella cultura evolucionista e rappresentato dal concetto di «sopravvivenza». Questa nozione era largamente utilizzata nel campo delle scienze sociali (30) e aveva trovato echi fecondi anche fra i romanisti. Come non ricordare il richiamo ricorrente allo stesso linguaggio delle scienze naturali — si pensi all'immagine del «fossile giuridico» — effettuato allora in questo settore?

Partendo dunque da questi riferimenti Bonfante si spinge consapevolmente molto più avanti (31) trasformando questa epistola utilizzazione del concetto di «sopravvivenza» o «fossile giuridico» in uno strumento di indagine dei fenomeni giuridici e della loro evoluzione ancor più fondamentale che il metodo comparativo

(29) Sin dal suo saggio del 1905 su *Nuovi studi e ricerche sulla storia del diritto romano in Oriente*, di P. Bonfante e F. Brandileone, in *Atti V Congr. Naz. Giur.-forense*, Palermo, 1903, 5 (estr.), incontriamo questo riferimento ad un «metodo che potremmo dire naturalistico» nell'«esame dogmatico e nell'analisi storica». Dove appunto la combinazione di queste due prospettive serviva a Bonfante per cogliere quel nesso fra struttura e funzione che appare sin dai primi anni al centro dei suoi interessi. Cfr., anche *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, in *BIDR.*, 27, 1914, ora in *Scritti*, I, cit. 503 dove questo suddetto metodo naturalistico appare agli occhi di Bonfante ormai esteso a tutte le discipline: dalla glottologia all'archeologia, dalla mitologia all'economia.

(30) Il materiale e le indicazioni contenute in M. T. HODGEN, *The Doctrine of Survivals*, London, 1936, sono ancor oggi utilizzabili. Il quadro generale di riferimento è invece del tutto superato e mostra alcune ingenuità. V. anche Voci, *Esame cit.*, 109.

(31) Importante in tal senso la dichiarazione contenuta nei suoi *Scritti*, I, cit., 241, dove si esplicita la volontà di trascendere il mero impiego di tale nozione di sopravvivenza.

sul quale ci siamo intrattenuti nelle pagine precedenti. E a tal uopo egli viene così elaborando una griglia interpretativa formata dalla combinazione delle due nozioni di «struttura» e «funzione».

In una rappresentazione «organica» dei fenomeni giuridici, secondo tale autore, ogni istituto giuridico, ogni «struttura» corrisponde dunque a una funzione. Il rapporto fra questa e quella, tuttavia varia nel tempo talché, ad una struttura nel suo insieme poco modificata rispetto ad una fase precedente, potrebbe corrispondere — e in genere è ciò che precisamente avviene — una nuova funzione. La storia di un istituto, di una struttura, va rintracciata dunque al suo interno e non solo attraverso la individuazione di specifiche «sopravvivenze».

In realtà è l'istituto stesso, la struttura, che consiste in una più o meno complessa stratificazione di elementi direttamente funzionali ciascuno a situazioni in parte superate. Bonfante tornerà più volte sulla formulazione teorica e sui presupposti concettuali di questo suo metodo di indagine in termini che mi sembra utile riportare qui di seguito. Giunta dunque alla sua maturità, ogni tipo di indagine sulla storia di un aspetto del mondo organico o superorganico, deve volgersi a cercare attraverso la «analisi minuziosa delle forme esteriori, decomponendo le parti principali e accessorie della struttura, nella successione cronologica, che questa stratificazione suggerisce, il segreto delle origini e a un tempo stesso il criterio più felice per la valutazione del fenomeno nella sua essenza e nella sua fase presente» ⁽³²⁾.

Questo è possibile per «il carattere organico degli istituti di diritto. Questo carattere, così come ne' fenomeni della natura come in quelli dello spirito, implica la possibilità che la funzione e l'efficacia degli elementi vari di un sistema (il significato di una parola, l'impiego di una forma artistica, le finalità di un organo della vita economica ecc.) si alteri, pur rimanendo inalterata la struttura fondamentale, la quale per essere meno adatta e talora assolutamente disadatta alla funzione modificata o al nuovo ambiente in cui penetra, assume un carattere innaturale, artificioso, come si suol dire, mentre le modificazioni che essa viene a subire

⁽³²⁾ Cfr., *Il testamento, Scritti*, I, cit., 324.

per la reazione de' nuovi fini o del nuovo ambiente la complicano e la deformano» (33).

Le citazioni testuali del pensiero di Bonfante potrebbero moltiplicarsi in proposito ma quanto si è detto è forse sufficiente a farci cogliere il nucleo essenziale del pensiero dell'autore (34).

Pensiero, come ho più sopra accennato, che appare formulato in forma pressoché definitiva assai presto nell'opera di Bonfante, contrariamente quindi a quanto sovente non si sia supposto.

Esso infatti, per quanto mi risulta, è introdotto per la prima volta in relazione alla successione ereditaria nel diritto romano che, con le parole di Bonfante, appare «un esempio, il più meraviglioso forse, di tutto un organismo di diritto che ha la sua genesi in una costituzione sociale, in uno stato di cose anteriore e col tramontare di quella costituzione sociale non si cancella, ma impara a servire a tutt'altro scopo, a soddisfare nuovi bisogni, pur mantenendo lungamente intatta la sua costruzione originaria, e lungamente intatti per conseguenza tutti i suoi principi, finché a poco a poco la nuova funzione li inaridisce, li consuma, li distrugge e con l'andare del tempo trasforma completamente la natura dell'istituto» (35).

Si tratta di uno scritto apparso sul *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* del 1891, due anni dopo la pubblicazione della sua prima opera importante e a soli tre anni dalla sua laurea. Negli anni immediatamente successivi, come abbiamo visto, queste indicazioni metodologiche si riproporranno in forma sempre più estesa ed organica, ma senza sostanziali mutamenti.

Giungiamo così alla più volte citata prolusione romana del 1917. Alla luce di quanto si è potuto vedere delle precedenti posizioni bonfantiane in ordine al metodo della ricostruzione storica e all'analisi combinata delle strutture e delle funzioni di un istituto giuridico, possiamo ora verificare da vicino la validità della mia affermazione iniziale.

Mi riferisco cioè al carattere di sostanziale continuità rappresentato da questo saggio rispetto alle precedenti posizioni di

(33) Così BONFANTE, *Scritti*, I, cit., 190.

(34) Cfr., però altre importanti formulazioni in tal senso in *Scritti*, I, cit., 129; 233; 415 e 503 ss., II, cit., 15 ss.

(35) BONFANTE, *Scritti*, I, cit., 109.

Bonfante, e, insieme di consapevole verifica del suo rapporto con la tradizione romanistica moderna.

Sotto questo profilo appare emblematica la valutazione in esso proposta della Scuola storica e dei suoi limiti nel rinnovamento dei nostri studi. Né meno importante è l'interpretazione a ciò connessa del peculiare significato del concetto di evoluzione applicato alla storiografia giuridica. Nell'interpretazione di Bonfante infatti lo storicismo della scuola savigniana, lungi dal contrapporsi alle prospettive evoluzioniste ne costituisce piuttosto un primo stadio ancora imperfetto.

Bonfante ribadisce così, nella sua prolusione un concetto sovente ripetuto nei suoi scritti: doversi cioè riconoscere alle scienze storico-giuridiche la priorità nell'elaborazione del concetto di evoluzione come griglia interpretativa dei fenomeni studiati. Solo in seguito, nel corso dei decenni successivi, tale concetto avrebbe avuto le sue importanti applicazioni nelle scienze naturali e, in primo luogo, nella biologia ⁽³⁶⁾.

Sotto questo profilo il limite maggiore che Bonfante, nella sua prolusione, individuerà nell'opera di Savigny e dei suoi successori, da Puchta sino a Mommsen, è che i presupposti teorici da loro stessi enunciati a fondamento della scuola storica non siano poi stati sviluppati e applicati in maniera coerente.

In tal modo infatti essi hanno rinunciato all'oggetto fondamen-

⁽³⁶⁾ BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in *Riv. it. di sociol.*, 1917, ora in *Scritti*, IV, cit. 50: «Questo concetto dell'evoluzione che doveva rinnovare tante scienze e tante altre crearne di sana pianta (è in fondo suo merito se il secolo XIX è il secolo scientifico per eccellenza), aveva anzi fatto la prima volta la sua comparsa con larghezza e calore precisamente nel campo del diritto forse prima che in ogni altro territorio, poiché le applicazioni alla glottologia, alla psicologia sono tutte posteriori e la stessa applicazione alla biologia è posteriore o quasi contemporanea: le dichiarazioni di Burke ci riportano allo spirare del secolo XVIII e lo stesso opuscolo del Savigny, pubblicato nel 1814, segue dappresso e con sviluppi maggiori le comunicazioni del Geoffroy S. Hilaire e del Lamarck. Prima che il filosofo dell'evoluzione Erberto Spencer, sorgesse a sintetizzare le varie applicazioni spesso in contrasto... la scienza del diritto era da quasi mezzo secolo piantata su quelle basi». Ma questo concetto, come ho detto, è presente negli scritti bonfantiani ben prima del 1917. In forma quasi identica anche se in maniera più succinta è formulato già nella prima edizione della *Storia* (1903), 3. Cfr. anche *Le affinità giuridiche* (1910), in *Scritti*, I, cit., 353.

tale dello studio storico che è il perseguimento e la scoperta delle «leggi organiche dell'evoluzione giuridica».

Così, alle grandi e giuste enunciazioni di Savigny, sostiene Bonfante in questa sua prolusione, non fece seguito un adeguato tessuto di indagini. Al contrario, proprio i seguaci di questo nuovo metodo di studio finirono col ripiegare verso un tipo di ricerche di carattere sistematico. A ciò, si deve ancora aggiungere come nelle prospettive di questi studiosi si evidenziasse un altro difetto di impostazione su cui del resto Bonfante già aveva richiamato l'attenzione in diverse occasioni: si tratta dell'idea, connaturata alla scuola storica, di una evoluzione del diritto necessariamente «lenta e graduale». Idea che avrebbe finito con l'assumere un valore paralizzante e conservatore, insinuando così negli studi storico-giuridici «il veleno di un fatalismo orientale» (37).

Così, in virtù di questa specifica interpretazione dello sviluppo storico, si indebolisce il merito degli studi giuridici e in particolare di Savigny di avere per primo proposto nella sua celebre enunciazione programmatica del 1817 l'idea di evoluzione «prima di assurgere a spiegazione generale dell'universo» e di essere applicata isolatamente ai vari campi del sapere (38).

E tuttavia non sono gli orientamenti sistematici della scuola storica né la sua specifica interpretazione dell'evoluzione in termini di gradualità a costituire l'oggetto centrale della critica bonfantiana. Egli infatti scrive, a tale proposito, come «il vero danno scientifico di questa concezione fu... che l'accessorio fece dimenticare il principale e ridurre all'ombra l'indagine delle leggi organiche di

(37) BONFANTE, *Metodo naturalistico*, in *Scritti*, IV, cit. 54. Questa polemica nei riguardi dell'interpretazione dell'evoluzione sociale e giuridica «lenta e graduale» è effettuata da Bonfante nei riguardi della Scuola storica sin dai primi anni della sua attività scientifica. Cfr., ad es. in tal senso *Scritti*, I, cit., 64 (del 1906). In tal modo egli, sin dall'inizio, mostra una chiara consapevolezza della distanza — oltre che della linea di continuità — che separa i suoi stessi orientamenti, così fortemente impastati della cultura evoluzionistica del suo tempo dagli orizzonti della scuola storica. Particolarmente interessante, in tal senso risulta la polemica con De Sanctis dove uno dei punti in discussione è proprio l'assunto di uno sviluppo «lento e graduale». Cfr., *Tendenze* cit., 222 ss.; *Questioni* cit., 819; *Affinità* cit., 353, da me già cit. in nt. 24.

(38) Cfr., già BONFANTE, *Affinità giuridiche* in *Scritti*, I, cit., 353.

sviluppo del diritto di fronte al carattere lento e graduale del movimento» (39).

Ma, se ben si considera, quello che è da lui individuato come «accessorio» negli studi romanistici non è altro che l'immenso materiale di conoscenze, di analisi dei singoli istituti accumulato dalla tradizione romanistica e, più specificamente, il contenuto stesso dell'opera dei romanisti ottocenteschi, pur rinnovata nei metodi e prospettive e tuttavia incentrata ancora più di un tempo, se possibile, nello studio analitico dei singoli «istituti». Le premesse organicistiche pur ben presenti nell'impostazione della scuola storica non si erano sviluppate sino a dare un nuovo oggetto a tutta la disciplina. Come scrive di seguito lo stesso Bonfante, le ricerche particolari e documentarie dei seguaci della scuola storica «assorbono... tutta l'attività e tutto lo sforzo del pensiero» (40). Lo stesso Savigny, pur avendo intuito la presenza di leggi organiche della evoluzione giuridica, rinunciò ben presto a indagare concretamente sulla loro natura e sulla loro stessa esistenza.

Lo studio sistematico, le singole analisi settoriali sarebbero state allora, come in seguito, privilegiate da quelle generazioni di studiosi.

Ora l'ambizione di Bonfante è quella di portare molto più avanti le prospettive storicistiche apertesi un secolo prima e indirizzarle verso i loro inevitabili, ultimi sviluppi.

Come s'è già accennato il tema intorno a cui ruota la complessiva teorizzazione esposta in questa occasione dal nostro romanista e che già tante volte era affiorata nei suoi scritti precedenti è la ricerca e lo studio di quelle «leggi organiche della evoluzione» che avrebbero regolato tutta la millenaria storia del diritto romano. Dalla mera storia del singolo istituto nelle sue diverse configurazioni, una storia che, per qualche verso, resta sempre storia «esterna», meramente fattuale, ci si volge dunque alla indagine della intima necessità delle trasformazioni e dei significati successivi che ne avrebbero caratterizzato la vita.

I nuovi compiti che si pongono al romanista, a completamento di quelle aperture già proposte dalla scuola storica, in qualche modo

(39) Cfr., *Il metodo naturalistico*, in *Scritti*, IV, cit. 55.

(40) *Ibid.*, p. 54.

sono restati in ombra, aggiunge ancora Bonfante, proprio per un'erronea interpretazione del giusto concetto di evoluzione nell'ambito delle scienze storiche. Ciò sarebbe dovuto — e qui si aprono fra le pagine più interessanti e originali dello scritto bonfantiano — alla preminenza, come modello epistemologico, della biologia darwiniana e della specifica nozione di evoluzione in essa applicata.

I suoi schemi infatti, se validi nel campo della biologia non sono trasferibili nel settore delle scienze sociali per cui Bonfante ha particolare interesse, non potendosi applicare in questo i concetti della selezione naturale e della lotta per l'esistenza intimamente collegati alle teorie darwiniane. Alle scienze sociali sono proprio gli schemi evolutivi a suo tempo sostenuti da Lamarck che possono rivelarsi particolarmente fecondi. Quegli aspetti delle teorie lamarckiane che costituiscono la loro debolezza nel campo della biologia (il finalismo, l'ereditarietà dei caratteri acquisiti) o non sono rilevanti nelle altre scienze qui considerate o, come il finalismo, sono addirittura elementi positivi. In questo campo infatti «gli agenti immediati delle trasformazioni degli istituti sono ... esseri intelligenti, che sempre nelle loro azioni mirano ad un fine» (41).

Questo aspetto della riflessione bonfantiana ci permette di cogliere piuttosto chiaramente il margine di autonomia e la spregiudicatezza intellettuale che la caratterizzavano rispetto agli orientamenti culturali prevalenti. Che Bonfante si rivolgesse a Lamarck piuttosto che a Darwin dimostra a mio giudizio quanto consapevolmente egli cercasse di evitare quegli aspetti più erronei e pericolosi dell'evoluzionismo applicato alle scienze sociali e che ne avrebbero giustificato la rapida crisi.

Non si trattava certo di discutere il significato di Darwin nel campo della biologia o, più in generale, delle scienze naturali, ma, appunto di riconoscere una sostanziale diversità di queste dalle scienze sociali per la presenza appunto di un aspetto teleologico nei fenomeni studiati e alla base dei processi evolutivi che, correttamente, la biologia evoluzionista aveva escluso dai suoi orizzonti.

(41) La riflessione di Bonfante su questi modelli ricavati dalla biologia evoluzionista risale nel tempo ed ha un peso non marginale nei suoi diversi scritti. Cfr., in particolare, oltre al *Metodo naturalistico* cit., 56 ss., i testi cit. in nt. 36.

Non starò qui ad approfondire ulteriormente questo aspetto dell'impostazione bonfantiana, cercando, ad es., di stabilire sino a che punto le sue riflessioni, già nei primi decenni del secolo, avessero fatto i conti con la strada proposta da Durkheim in opere come *Le suicide*. Mi interessa piuttosto mettere in evidenza come Bonfante, riconoscendo l'inapplicabilità di concetti base della biologia evuzionista quali la sopravvivenza del più adatto o la lotta per l'esistenza al campo dei suoi studi, finisse col trovarsi abbastanza lontano dagli orizzonti più comuni ai suoi contemporanei. Non si deve infatti dimenticare la frequente identificazione che l'evoluzionismo nel campo delle scienze sociali, verso la fine del secolo scorso, aveva conosciuto con le forme più triviali di darwinismo sociale che offrivano, fra l'altro, un supporto ideologico non insignificante ai più spinti orientamenti del liberismo manchesteriano.

La sua diversa posizione gli permetteva, d'altra parte, di sostenere con coerenza il carattere di continuità rappresentato dalla sua interpretazione dell'evoluzionismo rispetto ai postulati della scuola storica. Le sue prospettive metodologiche e di ricerca non dovevano servire ad altro che ad aiutare a sviluppare le premesse già presenti nella scuola storica, ma, allora, non pienamente realizzate.

In tal modo egli svolgeva indirettamente una critica alle linee di tendenza prevalenti fra gli studiosi contemporanei e a quelli a lui immediatamente precedenti. Il loro abbandono delle linee centrali del programma della scuola storica aveva comportato, a suo giudizio, il sostanziale insuccesso sino ad allora di una interpretazione effettivamente storicista, e cioè evuzionista, della storia del diritto.

Ma torniamo — per avviarci finalmente verso la conclusione di questo troppo lungo discorso — a quelle «leggi organiche dell'evoluzione giuridica» indicate da Bonfante come l'oggetto ultimo dell'indagine storico-giuridica.

Il punto che dobbiamo immediatamente chiarire è che, malgrado l'evidente e durevole interesse di questo autore verso i fenomeni sociologici e la sua attenzione per i risultati dell'antropologia evuzionista e per il metodo comparativista, egli non sembra affatto proporre queste nuove (e antiche) tematiche della sua disciplina come una fuga verso la sociologia giuridica o altre discipline consimili. Del resto, paradossalmente, se consideriamo

l'insieme dei suoi vasti e numerosi scritti, ben raramente incontriamo in essi la esplicita descrizione di quelle «leggi generali dell'evoluzione giuridica» da lui indicate come l'oggetto centrale della sua disciplina.

Né si capirebbe poi una presa di posizione così preoccupata per le stesse prospettive di studio del diritto romano manifestata in uno scritto dedicato al metodo filologico negli studi di diritto romano. È interessante scoprire, in questo saggio che si colloca negli ultimi anni della sua produzione scientifica, il vigore con cui Bonfante rivendicava la specificità delle discipline storico-giuridiche di fronte al pericolo di un loro lento svuotamento nella storia generale ⁽⁴²⁾.

Se ci fermassimo dunque alla lettera delle sue enunciazioni programmatiche del '17 potremmo essere tentati di concludere che Bonfante non sia poi riuscito a tener loro fede, muovendosi nel concreto della sua opera in modo contraddittorio. Ma, ovviamente, il discorso è diverso.

Il grande romanista italiano, lungi infatti dall'abbandonare o svuotare la sua tradizione di studi mirava solo a riportarla, conservandone tutta la specificità e la tecnicità, ad una maggiore aderenza verso prospettive e linee metodologiche da lui considerate più feconde. E del resto la sua attenzione al carattere peculiare del suo

⁽⁴²⁾ Molto importante, sotto questo profilo, mi sembra l'articolo negli *Studi Salandra*, nel 1928, nel quale si prende una posizione decisamente critica verso certi orientamenti contemporanei di cui era soprattutto espressione un recente scritto di L. Wenger preso particolarmente di mira dal nostro autore. P. BONFANTE, *Il metodo filologico negli studi di diritto romano*, in *Scritti A. Salandra*, cit., 123 ss. rileva infatti come in tali prospettive si perda ormai completamente di vista l'oggetto stesso di una storiografia giuridica, e cioè il diritto. È vero, egli osserva, che questa tendenza riappare costantemente dall'epoca degli Umanisti. Ma questa «continua esaltazione del momento filologico... minaccia di riassorbire la nostra disciplina, corrodendo o deprimendo i pregi sostanziali del diritto romano, lo spirito dei suoi istituti, l'agile maestria dei suoi giuriconsulti». Il «fine degli studi sembra» così «diventare puramente filologico» minacciando l'esperienza stessa della nostra tradizione di studi (cfr. p. 129 s.). Di ancor maggiore interesse per chi si impegni particolarmente negli studi di origine appare poi quanto egli di seguito scrive sull'ingenuo ricorso all'etimologia per individuare i contenuti di istituti e di forme giuridiche particolarmente oscure: cfr. p. 130 ss. Sono queste pagine di grande chiarezza metodologica e degne ancor oggi di essere lette e meditate da tutti noi. Chi infatti, nei suoi anni giovanili, non è incorso, in quelle ingenuità che già sessant'anni or sono denunciava Bonfante?.

lavoro è attestata, fra l'altro, dal suo costante aggiornamento alla evoluzione dei metodi di ricerca: una pagina importante in proposito potrebbe essere scritta, ad es., sul suo rapporto con i metodi interpolazionisti che, verso l'inizio del secolo, apparivano un punto avanzato della romanistica europea.

Così, attraverso una gigantesca anatomia comparata dei singoli istituti del diritto romano e la visione della loro interna evoluzione e attraverso un'analisi altrettanto comprensiva dei loro reciproci rapporti Bonfante mirava a cogliere nel vivo l'azione di quelle «leggi dell'evoluzione» da lui promosse a oggetto primario della ricerca storico-giuridica. Leggi conoscibili solo attraverso i risultati concreti del loro operare e quindi, in ultima istanza, attraverso una più compiuta e avanzata forma di conoscenza storica.

Si trattava insomma di realizzare quella «storia naturale» del diritto romano a suo tempo additata da Bonfante come l'oggetto reale della sua disciplina ⁽⁴³⁾. E in nessuno forse dei ricchissimi aspetti della sua opera questa ambizione appare incarnarsi quanto nell'ultima: l'incompiuto *Corso di diritto romano*.

Del suo angolo prospettico e dell'impostazione generale ho già fatto rapido cenno a suo tempo. Né, d'altra parte mi sento in grado di intraprendere una pur doverosa analisi del contenuto dei singoli volumi pubblicati e dei loro caratteri specifici. Un'operazione del genere, fra l'altro, trascenderebbe ampiamente le dimensioni di questo mio scritto che, temo, sono già eccessive.

Vorrei però sottolineare come tutti i volumi da lui pubblicati, sebbene incompleti, presentino uno straordinario carattere di omogeneità e sembrano, attraverso una complessa e vasta orchestrazione, ripetere e moltiplicare le linee di forza dell'architettura proposta da Bonfante sin dall'inizio della sua vicenda scientifica. Così tanto nella parte dedicata alla famiglia che in quella relativa alle successioni, e ancora ovviamente, nella trattazione della proprietà romana, la vasta articolazione delle analisi dedicate ai singoli aspetti dei vari istituti si inquadra chiaramente in un forte disegno unitario, lo stesso disegno che ricomprende appieno la interpretazione bonfantiana della natura originaria della *possessio*. Ed è appunto la grande ricostruzione delineata sin dalla prima

⁽⁴³⁾ Cfr. ad es., la sua *pref.* a Post, *Giurisprudenza*, I, cit., XII.

opera sulle *Res mancipi* che trova ora la sua più organica e ambia raffigurazione.

Homo unius libri in qualche modo Pietro Bonfante, o, meglio, sapiente e appassionato sostenitore di una grandiosa interpretazione del carattere organico del diritto romano coerente nei suoi sviluppi e nelle sue varie parti.

Si pensi, in fondo, alla stessa incompletezza del *Corso*; mi chiedo se, in fondo, non sia privo di senso che la parte non completata della sua opera riguardi le obbligazioni, i legati e gli altri istituti successivi. Gli aspetti cioè del diritto romano dove forse il carattere organico della sua evoluzione pare meno nettamente definibile.

Quella «storia naturale» del diritto di cui parlavo or ora, per Bonfante finisce con l'identificarsi nella storia del diritto romano proprio per quelle caratteristiche di questo che ne fanno un paradigma ineguagliato ai fini di una piena comprensione dei fenomeni giuridici. La sua lunga durata, il suo carattere progressivo (si può cogliere qui un'immagine così importante nella riflessione mainiana)⁽⁴⁴⁾, erano già indicate nella lontana prefazione alla sua prima edizione della *Storia* a giustificare tale impostazione⁽⁴⁵⁾.

Da quanto si è detto si può dunque cogliere non solo l'ambizione del disegno intrapreso dal grande romanista ma anche la rilevanza dei risultati conseguiti. Sotto questo profilo, per quanto cariche di giusta coscienza dell'importanza della propria opera, le varie precisazioni e le enunciazioni programmatiche che si incontrano nelle sue pagine restano al di sotto della grande ambizione che si è sostanziata nelle sue opere e del disegno che ispira le sue innumerevoli ricerche.

Siamo così giunti alla conclusione di questo lungo discorso. E tuttavia mi sembra necessario riflettere ancora un momento su alcuni referenti più significativi che si possono cogliere nella stessa prospettiva bonfantiana e porre alcuni punti interrogativi.

⁽⁴⁴⁾ Su questo punto si v. il mio *Sir Henry S. Maine e L'Antient Law*, in *Quad. Fior.*, 1981, 93 ss.

⁽⁴⁵⁾ V. quanto scrive Bonfante all'inizio della sua *Storia* cit. (1903), 1 s.: «La storia del diritto romano è la più organica tra tutte le storie giuridiche: a parte il suo valore pratico e sostanziale, essa è quindi, come strumento di educazione dello spirito il vero ideale scientifico di una storia del diritto» (il corsivo è mio).

Il primo aspetto che voglio rapidamente evocare è costituito dal rapporto intercorrente fra Bonfante e gli orizzonti aperti da Ludwig Mitteis. Già a suo tempo Salvatore Riccobono associava i due nomi sottolineando la coincidenza del mutamento di prospettive segnato dall'opera del grande romanista tedesco e dalle giovanili ricerche di Bonfante ⁽⁴⁶⁾.

È indubbio che l'impatto di Mitteis sulla romanistica europea ha giocato notevolmente nel senso di due linee direttive che rilevano direttamente nella vicenda intellettuale di Bonfante. Una più viva attenzione verso i problemi di periodizzazione e verso i processi di trasformazione delle antiche forme giuridiche romane anzitutto. Una vera e propria svolta nei riguardi di un nuovo interesse per i fenomeni giuridici estranei alla tradizione più strettamente romana dall'altro.

Il primo di questi aspetti ha contribuito certo molto all'accentuato interesse verso quella speculazione tutta bonfantiana sulla natura dell'evoluzione giuridica e sul rapporto, su cui ho già ampiamente insistito, fra mutamento delle funzioni e conservazione apparente della struttura. È però al secondo dei punti sopra accennati che debbo qui dedicare particolare attenzione. Al di là infatti dell'area specifica degli interessi e delle problematiche di Mitteis, è indubbio che la sua stessa impostazione e il rilievo da essa assunto nella storiografia romanistica europea a cavallo del secolo potevano dare e dettero effettivamente un contributo importante a quegli orientamenti comparativistici ai quali aderiva lo stesso Bonfante.

Abbastanza marginale mi sembra invece l'influenza esercitata su Bonfante da altri filoni di idee che pure alle prospettive aperte da Mitteis in qualche modo si riconducono. Mi riferisco in particolare alla ipotesi di una «Antike Rechtsgeschichte» propugnata dal Wenger che di Mitteis era allievo. Certo l'attenzione del romanista italiano era sempre viva nei riguardi dei possibili ampliamenti di orizzonte della sua stessa disciplina, come del resto è attestato anche dal suo interesse verso le scoperte dei documenti giuridici

⁽⁴⁶⁾ Cfr. la già citata commemorazione di Bonfante da parte di S. Riccobono, in *Ann. Univ. Roma*, 1932-33, 10 ss.

delle antiche civiltà mesopotamiche (47). E tuttavia egli — non diversamente del resto dallo stesso Mitteis — non appare direttamente coinvolto negli entusiasmi troppo facili e nelle illusioni che, agli inizi del secolo, caratterizzarono su questi aspetti l'atteggiamento di alcuni romanisti (48).

Una pagina interessante e ancora da esplorare resta peraltro il rapporto che lo stesso Bonfante e il suo ambiente ebbero con un riflesso tutto italiano delle prospettive ora menzionate. La mutata designazione dell'Istituto di diritto romano dell'Università di Roma, lo stretto legame fra lo stesso Bonfante ed Evaristo Carusi non possono spiegarsi in termini di mera politica accademica, così come ho il sospetto che, al contrario, la durissima polemica degli orientalisti e in particolare del Nallino nei riguardi di Carusi fosse, a sua volta, influenzata anche da preoccupazioni pratiche (49).

(47) Vanno ricordati in proposito i vari articoli dedicati da Bonfante al codice di Hammurabi e al suo confronto con le forme giuridiche romane. Cfr. *Le leggi di Hammurabi re di Babilonia*, introd. e trad. al codice di Hammurabi, Milano, 1903, ora in *Scritti*, IV cit., 151 ss.; nonché *Il codice di Hammurabi e le XII Tavole*, in *Mél. Cornil*, I, Paris, 1926, 119 ss. Si v. però la valutazione di questo atteggiamento di Bonfante data da E. Volterra, *P. Bonfante*, in *Genus*, 2, 1937, 378.

(48) Sull'«Antike Rechtsgeschichte» mi piace richiamare le pagine di un libro ormai lontano negli anni, ma divenuto un classico come quello di E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937, ristampato di recente a cura L. Labruna, Napoli, 1983, 29 ss. Il quadro allora delineato verrà ripreso e chiarito ulteriormente in molti scritti suoi più tardi, ma non sostanzialmente modificato. Cfr. inoltre G. G. ARCHI, *Storia del diritto romano e storia dei diritti antichi da Wenger a noi*, in *Studi Donatuti*, I, Milano, 1973, 40 ss. con una argomentata rivalutazione delle posizioni di Wenger e con una precisazione della loro effettiva portata.

(49) Sulle posizioni scientifiche di Carusi in relazione ai problemi in oggetto, rinvio egualmente a VOLTERRA, *Diritto romano* cit., 60 ss. Sono oggi scomparsi molti dei testimoni delle vicende degli anni '20, allorché Carusi ascese alla cattedra dei diritti dell'Oriente mediterraneo nella Facoltà di Giurisprudenza di Roma, e si modificò la denominazione dell'Istituto di diritto romano della stessa Facoltà e, soprattutto, ad opera del Consiglio Superiore della P.I. si stabilì la costituzione di due sezioni della Scuola orientale, una filologica e l'altra giuridica, imputate alla facoltà di lettere l'una, a quella giuridica l'altra. Resta però traccia evidente dell'ostilità dei filologi verso questa operazione e le loro proteste rivolte alle competenti autorità. Il durissimo attacco di Nallino all'opera scientifica di E. Carusi si colloca dunque in questo contesto: causa, ma forse anche un pò effetto di tale atteggiamento anche pratico. Nel tempo l'ostilità verso Carusi e una certa qual disistima verso la sua personalità di scienziato si è venuta precisando; almeno stando alle testimonianze ripetute di E. Volterra. L'indubbia

Resta nell'insieme l'impressione di un atteggiamento abbastanza articolato da parte del nostro romanista che per un verso mostra un costante interesse verso queste allargate prospettive ma d'altro lato, come si è visto, viene accentuando le sue riserve verso gli stessi metodi comparativisti. Anche se, lo ribadisco ancora, esse si sono rivolte e sono restate vive nei riguardi soprattutto, se non esclusivamente, di una loro applicazione limitata al mondo indoeuropeo ⁽⁵⁰⁾.

Ma la complessità dei riferimenti bonfantiani la si può cogliere anche nei riguardi di autori non meno importanti di Mitteis e di Wenger. Mi riferisco in particolare alla figura di Rudolph von Jhering.

Per molti aspetti infatti è indubbio che il metodo e gli stessi interessi centrali del grande tedesco quali si evidenziano nella sua opera maggiore e più significativa, lo *Spirito del diritto romano*, mostrano più di una analogia con le prospettive bonfantiane. E tuttavia, in una precoce presa di posizione vediamo invece Bonfante

grande autorità di Nallino aveva scavato una traccia profonda. La protezione di Scialoja e soprattutto di Bonfante nei riguardi del loro collega appare indubbia, stando a queste e ad altre precise testimonianze: e però, nei suoi contrasti con gli orientalisti, Carusi resta sostanzialmente isolato, se non peggio (si pensi alla cautela crescente di un altro romanista appartenente allo stesso ambiente di Bonfante, Pietro De Francisci). Per chi volesse seguire alcune tracce di questa vicenda ancora tutta da studiare, una notevole messe di informazioni si può ricavare dal saggio di C.A. NALLINO, *Gli studi di E. Carusi sui diritti orientali*, in *Rivista storia orient.*, 11, 1921, 55-182, e ancor più dalla replica contenuta nel volume di E. CARUSI, *Diritto e filologia*, Bologna, 1923. Per una rapida valutazione delle posizioni di Carusi in relazione alle prospettive dell'«Antike Rechtsgeschichte», si v. la sua prolusione al Corso di diritti dell'oriente mediterraneo, *Per una scienza giuridica orientalistica*, in *RISG*, 64, 1920, 125 n., nonché *I rapporti tra diritto romano e diritti greco-orientali e il testamento scientifico di L. Mitteis*, in *Scritti A. Salandra cit.*, 155 ss.

⁽⁵⁰⁾ Per afferrare appieno la posizione di Bonfante in proposito si deve considerare la sua stessa apertura verso un complesso di indagini e di settori scientifici atti ad assicurare una miglior conoscenza del diritto, come ricorda Riccobono, nella sua già citata commemorazione, a p. 13. Ed in tal senso non a caso si sono mossi alcuni suoi allievi, in primo luogo Rotondi e, in parte lo stesso De Francisci, nonché E. Volterra con la sua specifica competenza nel campo dei diritti orientali e con i suoi studi sulla legislazione imperiale (peraltro, quest'ultimo studioso, diversamente da Carusi, ebbe sempre svariati e ottimi rapporti con gli orientalisti, in particolare sia con Nallino che con G. Levi della Vida che egli considerò sempre fra i suoi maestri).

polemizzare in modo abbastanza deciso e insistente con le tesi di Jhering ⁽⁵¹⁾.

In verità il distacco di Bonfante matura proprio verso la produzione di Jhering successiva al *Geist*, fortemente influenzata da un tipo di impostazione positivista atta a indebolire quelle prospettive storiciste che il romanista italiano cercava invece di ravvivare attraverso la sua particolare lettura del metodo evoluzionista. Al contrario mi sembra indiscutibile il peso che un'opera come il *Geist* ha avuto nella formazione stessa di Bonfante, come storico. Su questo punto mi sembra sia nel giusto l'ignoto estensore della v. Bonfante per il Dizionario Biografico quando scrive che «non vi è dubbio che la lezione 'storico naturalistica' dello Jhering, specie quella del primo Jhering col suo sbocco organicistico e sistematico, influenzò a fondo il B. e costituì un punto di riferimento costante della sua attività di ricerca storico-dogmatica» ⁽⁵²⁾.

E infine il rapporto già da me diverse volte richiamato di Bonfante con Maine. Se scorriamo le pagine scritte dal nostro romanista, noi sovente riscontriamo richiami diretti ai risultati e alle ipotesi di Maine e, quasi sempre, nel senso di una sostanziale adesione ⁽⁵³⁾. Ma Bonfante non si sentiva e non era un seguace di

⁽⁵¹⁾ Mi riferisco alla prolusione di Parma del 1895: P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, in *Scritti*, IV ss.; nonché nell'Appendice a p. 23 cit., ss. È abbastanza significativo, in linea generale, il relativamente scarso numero di citazioni dell'opera di Jhering che appare in Bonfante, anche su temi su cui, come quelli al centro dell'interesse di quest'ultimo, pure il grande tedesco si era in qualche modo misurato.

⁽⁵²⁾ Cfr. *Diz. Biogr. d. ital.*, XII, Roma, 1970, s.v. *Bonfante*, p. 8. E tuttavia questa valutazione, che io, come ho detto nel testo, sostanzialmente condivido, va sottoposta a ulteriore verifica. In effetti, almeno nelle opere più tarde, Bonfante non sembra mostrare un particolare interesse per il *Geist* (cfr. quasi in senso opposto BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., 100 e n. 2, dove si ribadisce una lettura di Jhering come «sofista»), così come neppure nelle sue *Res Mancipi* la posizione del romanista tedesco aveva una rilevanza particolare. Importante per valutare appieno la posizione dell'a. appare quanto egli scriverà già nel suo *Diritto romano* alla fine del secolo scorso. Ivi infatti (cfr. rist. Milano, 1976, 85) Bonfante ribadisce, di fronte alla indubbia originalità e vivacità di Jhering, anche il carattere «torbido e sofisticato» dell'opera sua, contrapponendo quindi alla relativa insufficienza di risultati validi l'opera assai più feconda di Maine.

⁽⁵³⁾ Cfr. ad es. BONFANTE, *Scritti*, I, cit., 1; 19 s.; 23 s.; 25 s.; 250 s.; nonché *Scritti*, II, cit., 23; 270 nt. 1. Con rilievo ancora maggiore appare il nome di Maine in *Scritti*, I, cit. 102 ss.

Maine proprio per una differenza che già risulta da quanto ho detto in precedenza. Mentre infatti il giurista inglese anche troppo arditamente si era impegnato in quelle ampie generalizzazioni volte a descrivere le «leggi generali» dell'evoluzione giuridica, come ho già detto, Bonfante proprio questo invece aveva evitato, cercando piuttosto di cogliere in modo più preciso l'opera di queste stesse leggi nei suoi specifici risultati. E non a caso infatti, pur accogliendo e confermando sovente le indicazioni dell'inglese, il romanista italiano sottolineava esplicitamente il fatto che, appunto, il primo non poteva considerarsi un vero e proprio specialista ⁽⁵⁴⁾.

L'adesione più intensa e non solo per un mero interesse intellettuale, Bonfante sembra mostrare, fuori dalla ristretta cerchia dei suoi maestri e colleghi nella disciplina da lui professata, verso Giovan Battista Vico.

Molti anni or sono ebbi a ironizzare su quel diffuso e abbastanza banale vichismo che caratterizzava giuristi e filosofi del diritto del secolo scorso nel nostro paese ⁽⁵⁵⁾. Non so se il mio atteggiamento fosse in generale esatto o no: certo esso non riguarda il nostro autore. La conoscenza che Bonfante ha del pensiero di Vico, almeno per quanto concerne le origini e l'evoluzione di Roma e delle sue istituzioni (come, in generale per ogni società umana), non è né episodica né superficiale. Inutile poi elencare le citazioni anche testuali che del pensiero di Vico si incontrano nei suoi scritti, davvero innumerevoli.

Forse proprio questo rapporto di Bonfante con Vico potrebbe essere una chiave preziosa per comprendere l'essenza ultima del

⁽⁵⁴⁾ Questa valutazione la si incontra in una pagina precoce di Bonfante, nel suo articolo sull'*Eredità e il suo rapporto coi legati*, pubblicato in *BIDR*, 7, 1894, 201: «se un grande filosofo moderno, lo Spencer, avesse conosciuto il diritto romano, se il Maine fosse stato qualcosa più che un dilettante, avremmo avuto, io credo, un minor numero di induzioni fallaci e insussistenti...». La critica di Bonfante a Maine finiva poi con l'investire il cuore stesso delle teorie di quest'ultimo come, forse sotto l'influenza di più vaste prospettive antropologiche, sembrerebbe potersi inferire dalla prefazione scritta insieme a Longo a POST, *Giurisprudenza*, I, cit., VI ss.; XII nt. 1; XVI ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr., la mia *Struttura della proprietà*, I, cit., 85 s. È chiaro che le considerazioni qui svolte sul vichismo di Bonfante si collocano precisamente in quel tipo di orientamenti da me accennati ivi in nt. 135 e che appunto segnano una possibile saldatura fra questi interessi vichiani e gli orizzonti del positivismo italiano.

metodo che egli aveva cercato di concretare nella sua intensa esperienza romanistica. È questo un tema tutto da esplorare, come del resto anche gli altri rapporti che ho indicati più sopra e rispetto ai quali mi sono limitato a porre dei punti interrogativi, al massimo ad avanzare delle ipotesi di ricerca.

Esso però, ancora più dei precedenti, appare un aspetto essenziale per comprendere appieno la personalità scientifica del grande romanista italiano e le sue stesse preoccupazioni di fondo nella sua strategia di studioso.

Almeno una cosa si può affermare immediatamente, con una certa verosimiglianza. E cioè che in Vico Bonfante percepiva, accanto alla enorme capacità di cogliere e analizzare i meccanismi che hanno regolato l'evolvere della storia umana, una conoscenza del fenomeno giuridico, nella sua tecnicità, che egli, invece, negava a Maine. Insomma in Vico egli vedeva un autore che direttamente aveva da insegnare alla sua disciplina perché ad essa era direttamente interessato (e competente). In Maine, al contrario, egli poteva solo riconoscere un anticipatore di ipotesi e di idee poi da verificare all'interno di una tradizione di studi rispetto a cui l'inglese finiva con l'apparire solo come un dilettante geniale.

Non siamo qui, è ovvio, per celebrare «ciò che è vivo e ciò che è morto» nell'opera di Pietro Bonfante. A conclusione di questo saggio, proprio per evitare qualsiasi frase che possa sonare un bilancio, converrà tornare a noi stessi, poiché come ho riscoperto appunto preparando queste pagine, ogni biografia richiede e induce a forti riflessioni autocritiche.

È un tentativo, quello di Bonfante, che nel complesso resta abbastanza isolato. Soprattutto interessante appare il suo progetto di avanzamento dell'intera sua disciplina scientifica, progetto che, oggi, a circa mezzo secolo dalla sua morte, non sembra aver trovato continuatori, malgrado il numero e la qualità dei suoi allievi. Ed anche questo ci induce a vedere nel maestro qui ricordato un gigante isolato, un momento particolarmente alto della nostra tradizione di studi che non appare destinato a ripetersi.

Non è affatto facile per me, oggi, comprendere sino a che punto il senso di distanza che mi pervade contemplando questa lontana stagione che appare tuttora coincidere con il periodo di massima fioritura della romanistica italiana — da Segrè a Scialoja, da Ferrini

e Brugi a Perozzi e al nostro Bonfante — sia legato ad uno stato soggettivo e quanto invece derivi dall'oggettivo distacco della romanistica contemporanea da queste più antiche generazioni. È questa ultima un'impressione che esprimevo all'inizio del presente contributo: impressione tanto più sgradevole in quanto, al ricordo dei fondatori della nostra moderna tradizione di studi e a quella dei loro allievi, i nostri maestri ormai scomparsi, si contrappone il sospetto crescente di un presente più povero, meno significante.

GIOVANNI CAZZETTA

LEGGI SOCIALI, CULTURA GIURIDICA
ED ORIGINI DELLA SCIENZA GIUSLAVORISTICA
IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO

«È la caratteristica del diritto privato questa che non si trasforma se non lentamente»

(L. BARASSI, *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro...* 1899)

«Il giurista non deve avere solo la sensibilità della vita in cui vive»

(L. BARASSI, *Diritto sindacale e corporativo...* 1934)

I. Premessa. — II. Legislazione sociale e diritto del lavoro. — III. Diritto comune e nuovo diritto, scienza giuridica e leggi sociali. - III.1. Gli innovatori. - III.2. I fautori delle distinzioni e «lo stuolo dei timidi». - III.3. Falsi iconoclasti: Guido Fusinato e la teoria del rischio professionale. — IV. Tra pubblico e privato: la natura giuridica delle leggi sociali. - IV.1. Una soluzione pubblicistica obbligatoria: dalla responsabilità civile all'assicurazione. - IV.2. 'L'impossibile' superamento delle dicotomie. - IV.3. Il dibattito sulla configurazione giuridica delle assicurazioni sociali in Germania. — V. Un 'nuovo diritto' senza oggetto: «struttura vera» ed «elementi contingenti e variabili» nel contratto di lavoro. - V.1. La letteratura prima di Barassi. - V.2. Una rigorosa autonomia privatistica: il contributo di Ludovico Barassi. - V.3. Incertezze sistematiche. — VI. Intervento dello Stato e modelli 'evoluti' privatistici. - VI.1. Francesco Carnelutti: dalle leggi speciali al sistema. - VI.2. Il versante autoritario della 'purezza' civilistica.

I. La disciplina giuslavoristica si affermò in Italia non *contro*, ma *entro* i confini tradizionali del diritto privato. Furono le antiche certezze della scienza giuridica a caratterizzare maggiormente la 'nuova scienza', a fornirle gli elementi portanti e a darle autonomia. Nelle pagine seguenti intendiamo accompagnare il lettore lungo un itinerario volto a chiarire tale giudizio che, considerato nella sua perentorietà, potrebbe essere tacciato di insensibilità verso la peculiarità del nuovo settore disciplinare e delle 'sue' fonti — come ignorare, si dirà, ad esempio, le novità normative introdotte dalle leggi sociali? —.

Intendiamo mostrare le confluenze, le interconnessioni, la dialettica tra le certezze del sapere privatistico di fine Ottocento ed il delinarsi di un sapere disciplinare interno al vecchio alveo, ma corrispondente in maniera più immediata al variare 'accelerato' — per ripetere una terminologia ottocentesca — dei 'soggetti' e dei 'beni' indotto dall'industrializzazione.

Anche se il tema di fondo è l'affermarsi di una nuova disciplina, l'oggetto della ricerca non è dato solo dalla messa a fuoco del 'nuovo' e delle analisi giuridiche volte a 'rinnegare' le configurazioni dogmatiche del passato, ma da un oggetto più ampio: una esatta comprensione delle convinzioni e delle incertezze che caratterizzarono la nascita della giuslavoristica in Italia può aversi, infatti, soprattutto considerando l'articolarsi — di fronte alle trasformazioni sociali di fine secolo — delle 'antiche' strategie dei giuristi, del sapere 'antico' del Codice e di quello fissato nelle solide linee delle costruzioni romanistiche.

In altri termini: il rapporto fra tradizione privatistica e affermarsi della nuova disciplina non sarà affrontato ponendo, da un lato, il formalismo, le chiusure disciplinari, la tradizione romanistica dei giuristi 'conservatori' e, dall'altro, l'antiformalismo, le aperture interdisciplinari, la disponibilità ad abbandonare le rigide forme romanistiche proprie degli 'innovatori'. Tali, troppo abusate, distinzioni ci paiono fuorvianti: spesso — come vedremo — la contemporanea utilizzazione di strumenti 'formali' e 'non formali' era inevitabile nella ricostruzione tecnica, spesso si giungeva a dare una nuova veste giuridica al sociale attraverso la 'purezza' dogmatica, negletta ad ogni apertura interdisciplinare, altrettanto spesso la scienza giuridica di fine secolo neutralizzava le nuove normative per elaborare, ancora utilizzando i vecchi strumenti, una risposta ai problemi del lavoro industriale.

Certo, le linee del diritto del lavoro — e così anche le sue origini — possono cogliersi osservando la fusione, la sintesi, tra elementi sociali, giuridici ed economici: ciò conferisce vitalità alla disciplina, gli dà la capacità di porsi come un 'avamposto' del diritto, come «un campo fertile di esperienze e di rinnovamento della cultura giuridica» (1). Ma tale fusione va colta nel giuridico: è

(1) G. GIUGNI, *Diritto del lavoro*, in *Enciclopedia del Novecento*, III, p. 946.

solo nel momento in cui un linguaggio economico e sociologico riesce a fondersi, a tradursi nel linguaggio, nella tecnica giuridica che nasce ed ha capacità di incidenza il diritto del lavoro. Non bisogna dunque guardare alle generiche prolusioni antiformaliste, alle vaghe critiche contro la tradizione romanistica della *locatio operarum*, ma ai dati tecnici 'duri', alle configurazioni degli istituti, alle convinzioni, insomma, più radicate nella cultura giuridica e sottoposte — come piaceva ripetere ai nostri giuristi — a lente, lentissime trasformazioni.

La scelta di porre al centro del nostro discorso le leggi sociali ⁽²⁾ è data dall'intento di osservare la cultura giuridica attraverso il punto in cui i mutamenti dell'ordinamento parevano essere svincolati dal peso e dai condizionamenti della tradizione, parevano avere meno «legami di continuità culturale col passato remoto» ⁽³⁾. Anche

⁽²⁾ Non si mira, giova precisarlo subito, né ad una ricostruzione istituzionale dello sviluppo della legislazione sociale in Italia né a tracciare un profilo di tutti i mutamenti tecnici introdotti da tale legislazione. Per il primo aspetto cfr. V. SELLIN, *Die Anfänge staatlicher Sozialreform im liberalen Italien*, Stuttgart, 1971; L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4, 1974/5, pp. 103 e ss.; G. MONTELEONE, *La legislazione sociale al Parlamento italiano. La legge del 1886 sul lavoro dei fanciulli*, in *Movimento operaio e socialista*, XX, 4, 1974, pp. 229 e ss.; G. MONTELEONE, *La legislazione sociale al Parlamento italiano. Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile dei padroni 1879-1885*, in *ibidem*, XXII, 1976, pp. 177 e ss.; R. SCALDAFERRI, *Tecniche di governo e cultura liberale in Italia. Le origini della legislazione sociale (1879-1885)*, in *Ricerche di storia politica*, I, 1986, pp. 45 e ss. Una breve rassegna della letteratura è contenuta in G. C. JOCTEAU, *Le origini della legislazione sociale in Italia. Problemi e prospettive di ricerca*, in *Movimento operaio e socialista*, XXVIII, 1982, pp. 289 e ss.; e in R. SCALDAFERRI, *L'origine dello «Stato sociale» in Italia (1876-1900)*, in *Il pensiero politico*, XIX, 2, 1986, pp. 223 e ss. Per una prospettiva più ampia cfr. G. GOZZI, *Legislazione sociale e crisi dello Stato di diritto tra Otto e Novecento. Due modelli: Italia e Germania*, in *Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento*, X, 1984, pp. 195 e ss. Resta invece ancora tutta da compiere in Italia l'analisi dei mutamenti apportati dalle leggi sociali — si pensi in particolare alla legge del 17 marzo 1898 n. 80 sugli infortuni sul lavoro — ad alcuni istituti giuridici di vitale importanza — in riferimento ad esempio alla legge citata: l'assicurazione, la responsabilità civile, il contratto di lavoro —. Si può richiamare in proposito solo il recente studio di L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, 1986, che però si limita alla sola analisi della giurisprudenza.

⁽³⁾ U. ROMAGNOLI, *Alle origini del diritto del lavoro: l'età preindustriale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, IV, 1, 1985, p. 524.

le leggi sociali però vanno considerate al di là della superficie delle novità normative, in relazione con le scelte, le strategie dei giuristi; anche queste risposte 'immediate' della sfera giuridica ai nuovi problemi economici e sociali vanno confrontate con i tempi 'decelerati' propri di quel complesso di convinzioni, della mentalità (4), di cui l'opera dei giuristi era portatrice, tenendo conto che — possiamo dirlo prendendo in prestito un'espressione di Gian Pietro Chironi — «lo spirito conservatore dell'opera giuridica tempera ciò che di molto accelerato può essere nel movimento economico» (5).

II. Nella prima metà degli anni Settanta, intervenendo su questa stessa rivista, Theo Mayer Maly sottolineava la mancanza di studi storici dedicati ai temi giuslavoristi ed indicava nella *Arbeitsrechtsgeschichte* uno dei grossi compiti del nostro tempo (6). L'espressione coglieva gli aspetti reali di una situazione di carenza

(4) Cfr. J. LE GOFF, *La mentalità: una storia ambigua*, in J. LE GOFF e P. NORA (a cura di), *Fare storia. Temi e metodi della nuova storiografica*, Torino, 1981 (ed. orig. Paris, 1974) p. 254: «La mentalità è ciò che cambia più lentamente. Storia della mentalità, storia della lentezza nella storia». Per specifici riferimenti al diritto cfr. P. GROSSI, *Storia sociale e dimensione giuridica*, in *Storia sociale e dimensione giuridica — strumenti di indagine e ipotesi di lavoro* (Atti dell'incontro di studio, Firenze 26-27 aprile 1985), Milano, 1986, pp. 5 e ss.; P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15, 1986, pp. 593 e ss.

(5) G. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. La colpa contrattuale*, Torino, 1987 (2. ed.) p. VIII. È forse interessante riportare la spiegazione tutta, diciamo così, psicologica data di Chironi al fenomeno. La «ragione fondamentale della legge è il fatto economico»; è il fine economico che 'eccita' l'azione della legge. Il giurista studia la nuova materia, le relazioni con le altre figure giuridiche ed il suo posto nell'insieme della costruzione generale, ma appena la compiutezza è raggiunta si avverte «un movimento che comincia già a spostare le ragioni economiche della costruzione». A questo moto — conclude Chironi — il giurista si oppone all'inizio «non perchè ritenga che la forma giuridica in cui si presenta il fine economico sia immutabile, ma per lo sforzo stesso di lavoro di perfezionamento condotto sull'istituto» (pp. VII e VIII).

(6) T. MAYER MALY, *Recesione* a G. BERNERT, *Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert* (Marburg, 1972), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1974/75, 3/4, t. 2, p. 645: «Sobald sich ein Rechtsgebiet in seiner Eigentümlichkeit ausgeprägt hat, bildet es die vordringliche Aufgabe der Generation, die diesen Prozeß erfahren und wahrgenommen hat, dessen Entstehung und Entwicklung verständlich zu machen. Deshalb zählt die Erstellung einer Arbeitsrechtsgeschichte zu den großen Aufgaben unserer Zeit».

di studi ed esprimeva una diffusa esigenza di approfondimenti in un settore troppo a lungo trascurato dagli storici del diritto (7). In questi anni non molto è mutato. Lo stesso Autore, tracciando recentemente nel *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* un profilo dell'Arbeitsrecht nel secolo scorso, non può che offrire un bilancio estremamente provvisorio degli studi in materia ed indicare ancora i tanti vuoti da colmare (8).

Ribadendo alcune sue posizioni espresse in studi antecedenti, l'Autore pone nel saggio le linee entro cui potrebbe svilupparsi nei prossimi anni la ricerca, tratteggia i caratteri generali del diritto del lavoro ottocentesco ed effettua infine una rassegna sulla situazione dei rapporti lavoristici nei vari contesti nazionali (9). Mayer Maly si sofferma appena sulle loro peculiarità, e sarebbe quindi scorretto valutarne l'intero approccio in relazione alla sola 'provincia' italiana. È però interessante seguirne brevemente le argomentazioni in quanto ci paiono espressive di un diffuso modo di intendere l'esistenza del diritto del lavoro nell'Ottocento (nel caso italiano, nella tarda seconda metà dell'Ottocento). Il discorso è direttamente inerente al nostro tema delle relazioni tra origini del diritto del lavoro e legislazione sociale.

Il diritto del lavoro — si afferma — è il prodotto della crescita di gruppi di norme (10) che, dapprima disseminati in diversi ambiti disciplinari, furono alla fine del diciannovesimo secolo ricondotti ad unità dalla scienza giuridica. Il raggiungimento di tale unità non

(7) Ne è in qualche modo una riprova la fortuna avuta dalla citata espressione di Mayer Maly, cfr. F. MESTITZ, *Probleme der Geschichte des Arbeitsrechts*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 1/2, 1980, p. 51; H. STEINDL, *Vorwort*, in H. STEINDL (hrsg. von), *Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte*, Frankfurt am M., 1984, pp. VIII e IX; F. MESTITZ, *Zur Wirkungsgeschichte des Arbeitsrechts*, in *ibidem*, p. 1; e, da ultimo, C. VANO, *Il diritto del lavoro nella storiografia giuridica germanica: prospettive a confronto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII, I, 1987, p. 130.

(8) T. MAYER MALY, *Arbeitsrecht*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, (hrsg. H. Coing), III, *Das 19. Jahrhundert*, 3, Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten, München, 1986, pp. 3635 e ss.

(9) Cfr. *ibidem*, pp. 3650 e ss. per le parti dedicate a Inghilterra, Francia, Germania, Svizzera, Austria, Italia, e Spagna.

(10) Cfr. *ibidem*, pp. 3636 e ss. la parte intitolata appunto «Das Arbeitsrecht als das Resultat eines Zusammenwachsens von Normengruppen».

indica, come molti credono, il momento, per così dire, genetico della disciplina giuslavoristica, ma solo il raggiungimento di una coscienza di identità (*Identitätbewußtsein*) (11). Mayer Maly è convinto infatti che la prima scelta, condannando la storia del diritto del lavoro allo studio del solo suo ultimo stadio, costringerebbe in limiti angusti lo spazio della ricerca. L'*Arbeitsrechtsgeschichte* non può e non deve assumere quindi a suo oggetto il significato odierno di diritto del lavoro citato come «Sonderrecht der abhängigen Arbeitnehmer» (12) ma un oggetto più ampio.

In realtà, di questo oggetto più ampio non si fornisce un'adeguata indicazione ed il lettore è invitato a inseguire una *Arbeitsrechtsgeschichte* che è data da una serie di gruppi normativi collegati tra loro dal solo riferimento all'elemento lavoro. Il punto unificante pare dato dalla presenza di una regolamentazione e dal rapporto di continuità tra questa e la complessiva normativa confluita poi nel ' maturo ' diritto del lavoro.

Assunto questo elemento a fulcro dello studio si possono superare anche i confini dell'industrializzazione, posti da gran parte della storiografia a limite pressochè invalicabile per l'individuazione delle origini del diritto del lavoro. Non esistono valide ragioni infatti per arrestare la ricerca solo perchè viene a mancare, procedendo a ritroso nel tempo, un fenomeno tutte esterno alla continuità normativa che deve interessare lo storico del diritto. Si può ricostruire quindi anche un *Vorindustrielles Arbeitsrecht* e negare perchè ' ideologico ' il «collegamento monocausale» che vede nel diritto del lavoro un prodotto delle nuove relazioni sociali create dall'industrializzazione (13).

(11) Cfr. *ibidem*, pp. 3637 e ss.

(12) A. HUECK, citato in *ibidem*, p. 3638, da HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Berlin, 1963. Autori questi ultimi che, pur riconoscendo l'utilità delle regolamentazioni ' antiche ', sostengono l'importanza fondamentale della presenza dell'industrializzazione ai fini di una configurazione del diritto del lavoro: «Ein Arbeitsrecht im heutigen Sinn als Sonderrecht der abhängigen Arbeitnehmer dagegen gibt es erst seit der modernen industriellen Entwicklung. Die Geschichte des Arbeitsrechts in diesem Sinn beschränkt sich auf das 19. und 20. Jahrhundert» (A. HUECK-H. C. NIPPERDEY, *Grundriß des Arbeitsrechts*, Berlin/Frankfurt am M., 1968, 4. ed., p. 4).

(13) T. MAYER MALY, *Arbeitsrecht*, cit., p. 3640: «Mehrere wichtige Elemente des

Quest'ultimo punto ha suscitato un vivace dibattito nella recente storiografia giuridica tedesca ⁽¹⁴⁾: l'accusa principale mossa a Mayer Maly è quella di aver ricercato solo una «dogmengeschichtliche Kontinuität», di aver presentato categorie giuridiche del tutto avulse dal loro nesso con la realtà sociale ⁽¹⁵⁾. La storia del diritto del lavoro, quella dei suoi istituti, deve essere effettuata — si afferma — considerando non le norme ma la società ⁽¹⁶⁾: l'analisi del frammento tardo medioevale, quella di lunghissimo periodo della *locatio-conductio operarum*, la valutazione delle loro influenze sull'apparato normativo giuslavoristico, non colgono il nucleo vitale del diritto del lavoro. Un nucleo che, coerentemente con questa impostazione, viene individuato nel sociale, nell'affermarsi nell'industrializzazione capitalistica e dei soggetti collettivi ⁽¹⁷⁾.

späteren Arbeitsrechts haben sich schon in der vorindustriellen Entwicklung ausgeprägt und konnten in die Rechtsordnungen der Industriestaaten übernommen werden». Posizione sostenuta già da anni da questo autore (cfr., soprattutto, *Vorindustrielles Arbeitsrecht*, in *Das Recht der Arbeit*, 1975, pp. 59 e ss.) ed ultimamente ripresa e sviluppata da R. SCHRÖDER, *Zur Arbeitsverfassung des Spätmittelalters. Eine Darstellung mittelalterlichen Arbeitsrechts aus der Zeit nach der großen Pest*, Berlin, 1984.

⁽¹⁴⁾ Cfr.; su tale dibattito G. BENDER, *Vorindustrielles Arbeitsrecht?*, *Rechtshistorisches Journal*, 1985, 4, pp. 45 e ss. e C. VANO, *Il diritto del lavoro nella storiografia giuridica germanica*, cit.

⁽¹⁵⁾ F. MESTITZ, *Zur Wirkungsgeschichte des Arbeitsrechts*, cit., p. 7; F. MESTITZ, *Probleme der Geschichte des Arbeitsrechts*, cit., p. 53.

⁽¹⁶⁾ Mestitz individua, richiamando Eugen Ehrlich, lo «Schwerpunkt der Rechtsentwicklung» «weder in der Gesetzgebung noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtssprechung, sondern in der Gesellschaft selbst» (la citazione di Ehrlich è in F. MESTITZ, *Zur Wirkungsgeschichte des Arbeitsrechts*, cit., p. 2).

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, pp. 7 e ss. In questo approccio la presenza di nuovi fenomeni nel sociale è spesso interpretata come espressiva di un mutamento anche nell'ambito giuridico. Un automatismo che, trascurando del tutto il ruolo essenziale svolto nella dimensione giuridica dalla cultura dei giureconsulti, assume a «motore» del diritto del lavoro il solo movimento operaio. Esso «ottiene» i provvedimenti protettivi, si pone come soggetto di un «nuovo diritto», impara ad utilizzare «l'azione giuridica» (così in *ibidem*, p. 17, citando Karl Korsch) e le istituzioni.

Mestitz ricostruisce così la storia del diritto del lavoro «als Ablauf eines vierfachen Prozesses» (pp. 10 e ss.). Un processo di «Domestizierung der Herrschaft des Arbeitgebers» che si affermò attraverso la limitazione del numero delle ore di lavoro, attraverso la sottoposizione di determinati gruppi (fanciulli, donne) a particolari protezioni, attraverso cioè provvedimenti volti a limitare la «Herrschaftsausübung» del datore di lavoro. Un Emanzipationsprozeß volto ad eliminare progressivamente le

Ci pare che esista, al di là della polemica, una confluenza tra le diverse interpretazioni riguardo al modo di intendere l'avverarsi delle trasformazioni nell'ambito della dimensione giuridica: esse sono sostanzialmente valutate in relazione di dipendenza da una sola variabile. In un caso sono le scansioni normative, nell'altro quelle del sociale ad indicare fratture, continuità o mutamenti anche nel giuridico.

In entrambi gli approcci, riguardo al punto che qui ci interessa, le leggi sociali rappresentano già il diritto del lavoro: per gli uni, poiché già ci sono regole comuni col successivo diritto 'specialistico'; per gli altri, poiché esse sono la prima, nuova manifestazione nel diritto dell'azione del nascente protagonista sociale, il movimento operaio (18).

In riferimento alla vicenda italiana il delinarsi dei pochi provvedimenti postunitari di legislazione sociale rappresenterebbe,

imposizioni poste dalla parte più forte contrattualmente. Questi due processi, a loro volta, rendono possibile un Lernprozess, una presa di coscienza da parte dei lavoratori della propria situazione con la conseguente messa in moto di azioni ed organizzazioni solidaristiche. Un processo che vede il movimento operaio protagonista capace di sfruttare anche gli strumenti giuridici ed ottenere attraverso questi la soddisfazione di determinati diritti. Ciò crea però anche una integrazione dei lavoratori — ed è questo il quarto processo indicato — nell'ordine sociale ed economico esistente. Si apre, in sostanza, il problema delle difficili relazioni tra uno Stato che riconosce le associazioni sindacali, ma che, nello stesso tempo, proprio in virtù di questo riconoscimento viene ad assorbire gli elementi contrastanti con il suo ordine. Lo stesso diritto del lavoro risente di questa contraddizione: esso è riuscito ad apportare elementi innovativi al diritto comune, ma si è arrestato impotente di fronte alla situazione «von Haben und Verwaltung der Produktionsmittel» (p. 23).

È estremamente difficile, ci pare, individuare nel discorso di Mestitz — che abbiamo voluto qui brevemente riassumere per il lettore — una prospettiva di storia del diritto del lavoro che non sia ridotta a copia e ad appendice di quella che potremmo dire una storia sociale del lavoro.

(18) Cfr. riguardo a quest'ultima affermazione la nota precedente. L'importanza invece di uno studio concentrato essenzialmente sulle continuità normative è affermato con chiarezza da Mayer Maly, parlando della legislazione protettiva dei fanciulli: «Die These, die Kinderschutzvorschriften gehörten in Wahrheit noch gar nicht zur arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, sondern stellten sich bloß im Rahmen einer ex post Betrachtung als deren Anfang dar, wäre demnach nicht schlechthin absurd. Für ein rechtsgeschichtliches Kalkül ist aber entscheidend, daß die Kinderschutzgesetze wesentliche Regelungsstrukturen mit der späteren arbeitsrechtlichen Gesetzgebung gemeinsam haben» (*Arbeitsrecht*, cit., p. 3643: corsivo nostro).

in quest'ottica, 'l'esserci' di un diritto del lavoro (19). Un'interpretazione che, nel caso italiano, potrebbe invocare a suo fondamento l'affermarsi delle prime leggi sociali contemporaneamente ad una industrializzazione capitalistica ritardata, la presenza di modelli stranieri ben delineati e di un movimento di pensiero che, operando un'aspra critica nei confronti del sistema codicistico borghese, era pronto ad individuare in alcuni 'segni' delle nuove leggi l'avvento di una nuova era, quella del Codice privato-sociale, del Codice del lavoro (20). L'estremo ritardo della legislazione italiana potrebbe diventare in questo contesto il contrassegno di un complessivo e profondo mutamento anche nelle divisioni disciplinari dell'area giuridica. Nonostante questi aspetti — non rilevati, peraltro, da Mayer Maly — l'individuazione di un diritto del lavoro ottocentesco costituito fondamentalmente dalla legislazione sociale non ci pare convincente.

L'affermarsi o il permanere di norme non può essere considerato il dato decisivo per una storia del diritto del lavoro. È noto che le stesse normative possono assumere in un diverso contesto socio-economico nuovi significati e svolgere funzioni sociali completamente differenti da quelle per cui erano state pensate e attuate in un primo momento (21). Ma non si tratta solo di quest'aspetto sociale.

(19) Le principali leggi cui si fa riferimento sono: L. 8 luglio 1883 n° 1473 (Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro); L. 11 febbraio 1886 n° 3657 (lavoro dei fanciulli); L. 15 giugno 1893 n° 295 (proibiviri del lavoro); L. 17 marzo 1898 n° 80 (assicurazione obbligatoria per gli infortuni degli operai sul lavoro).

(20) Facciamo riferimento agli autori del così detto socialismo giuridico. Sul tema è qui sufficiente rinviare a P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*. I. *Le «scuole del diritto privato sociale*, II. *Crisi e trasformazione del movimento*, in *Politica del diritto*, I, 2 (1970), pp. 241 e ss. e I, 3, pp. 387 e ss.; e agli interventi contenuti nel numero monografico dedicato al tema dai *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4, 1974/75. Di scarsa utilità è invece il recente volume di M. CASCIVILLA, *Il socialismo giuridico italiano — Sui fondamenti del riformismo sociale*, Urbino, 1987. Il tema della contemporaneità tra i primi esperimenti di legislazione sociale e la trasformazione industriale capitalistica ritardata è svolto ampiamente, anche se con risultati non sempre condivisibili, da V. SELLIN, *Die Anfänge staatlicher Sozialreform im liberalen Italien*, cit. Riguardo ai modelli stranieri è sufficiente il rinvio a G. A. RITTER, *Sozialversicherung in Deutschland und England. Entstehung und Grundzüge im Vergleich*, München, 1983.

(21) Inevitabile il richiamo a K. RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre*

Le nuove normative non posero in crisi le salde convinzioni della scienza giuridica: la regolamentazione 'perenne' delle relazioni lavoristiche continuò ad essere percepita come pura espressione del volere di contraenti liberi ed uguali, la volontà individuale rimase il cardine indiscutibile del contratto. Le leggi sociali non furono estese per via interpretativa, non determinarono contrasti nella sistematica civilistica. Esse furono, anzi, in anni di profonde trasformazioni sociali utilizzate dalla scienza giuridica ufficiale come strumento di sostegno dell'immodificabilità degli istituti essenziali dell'ordinamento privatistico che le nuove leggi 'eccezionali' erano, come si sosteneva, impotenti a modificare nella sostanza (22).

Lo stretto legame tra la legislazione sociale e l'affermarsi del diritto del lavoro, della scienza giuslavoristica, deve essere fortemente ridimensionato. Tali leggi, se si abbandona il riferimento esegetico ai loro contenuti e la tesi della loro capacità di manifestare nel giuridico i primi segni di un complessivo mutamento di valori

soziale Funktion, Tübingen, 1929 (tr. it. Bologna, 1980 con una introduzione di A. Agnelli).

(22) Non intendiamo con ciò negare l'importanza della legislazione sociale nella seconda metà dell'Ottocento, né il valore 'innovativo' di certe norme, si pensi ad esempio all'assicurazione obbligatoria. È indubbio che le nuove normative erano l'aspetto più evidente di un globale processo di modernizzazione. Anche in Italia, attraverso l'analisi del pur 'povera' legislazione sociale, è possibile scorgere una serie di nodi cruciali del periodo tra Otto e Novecento: la crisi dello stato di diritto e il primo affermarsi dello Stato sociale, il delinearsi di diritti pubblici soggettivi in un campo sino ad allora predominato dall'*Armenrecht*, l'instaurarsi di forme più sofisticate di controllo sociale e di relazioni più complesse tra costituzione politica e società civile (cfr. però sul punto paragrafo IV.3.). Nel testo si fa riferimento alla legislazione sociale così come emerge dall'opera dei giuristi e si mira ad individuare quali strategie, quali scelte, quali mutamenti di modelli dogmatici essa introdusse (se li introdusse) nella cultura giuridica e quale fu l'apporto di quest'ultima (se di apporto si trattava) al processo di trasformazione sopra accennato.

Sui temi indicati cfr. soprattutto P. FLORA, A. HEIDENHEIMER (a cura di), *Lo sviluppo di Welfare State in Europa e in America*, Bologna, 1983 (ed. or. New Brunswick, 1981); G. RITTER, *The Rise and the Development of the Social State: a Comparative Study*, in *Il pensiero politico*, XIX, 1986, pp. 48 e ss.; J. UNLAUF, *Die deutsche Arbeiterschutzgesetzgebung 1880-1890. Ein Beitrag zur Entwicklung des sozialen Rechtsstaates*, Berlin, 1980; G. G. BALANDI, *Per una definizione del diritto alla sicurezza sociale*, in *Politica del diritto*, XV, 4, 1984, pp. 555 e ss.

ascrivibili alla presenza della nuova classe sociale 'in ascesa', appaiono come un mezzo che fu concettualmente utilizzato a ritardare l'affermarsi di idee, di princìpi e di strumenti tecnici del giuslavorista.

La disciplina dettata dalle leggi sociali era staccata, estranea senza contatto con il sistema dei giuristi. Per questi ultimi infatti le innovazioni legislative imposte dalle esigenze immediate dei tempi regolamentavano, sì, nuovi rapporti e ponevano costrizioni al volere dei singoli non ipotizzabili secondo la normativa codicistica, ma non erano che espedienti transitori, non potevano costituire una fonte effettiva per il sapere scientifico dei giureconsulti.

A rendere operante l'estraneità delle leggi sociali delle trasformazioni della scienza giuridica c'era una componente esclusivamente culturale, percepita come dato normativo, come rigida gerarchia delle fonti. Una gerarchia che distingueva una sfera giuridica 'vera e immutabile', quella privatistica, ed una residuale, pubblicistica, sociale e transeunte. L'intervento sociale dello Stato e le nuove leggi speciali non potevano modificare la 'costituzione' privatistica ⁽²³⁾ che era ritenuta soggetta ad una trasformazione propria, svincolata dall'ingerenza contingente dello Stato e guidata dal sapere antico dei giuristi.

Settori rilevantissimi della cultura giuridica sostennero le leggi sociali, o non si opposero ad esse, solo in quanto erano interpretabili in modo conforme a tali certezze, poichè esse si inserivano sempre al livello più basso della immaginaria ma operante gerarchia delle fonti: le leggi sociali avevano una natura giuridica pubblicistica — quasi unanime, come vedremo, sul punto il consenso —; erano transitorie e, pertanto, non potevano incidere sulla 'vita lenta', quella 'vera', del diritto privato.

Costituzione privatistica 'immodificabile', 'purezza' della parte veramente giuridica insuscettibile di variazioni ad opera dell'intervento contingente dello Stato, lentezza delle trasformazioni del diritto privato, carattere conservatore inevitabile dell'opera giuridica sono espressioni specifiche del sapere dei giurecon-

(23) Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, pp. 6 e 29.

sulti tra Otto e Novecento, punti obbligati di riferimento, presenze ingombranti anche nelle pagine degli innovatori.

Non si possono leggere questi termini solo come manifestazioni di insensibilità alle nuove esigenze sociali; essi rappresentano infatti soprattutto uno strumento di difesa, una specifica resistenza della scienza giuridica alla rottura della unitarietà e della onnicomprensività dei suoi principi. Una resistenza all'annullamento della scienza giuridica come scienza.

Le leggi sociali sono percepite come lo strumento utile a inseguire immediatamente le trasformazioni sociali in corso, ma non sono assunte a fondamento della scienza che deve restare indipendente dalle scelte contingenti del legislatore. La difesa del proprio statuto scientifico autonomo è un atteggiamento culturale ' antico ' della scienza giuridica ottocentesca di fronte alle famose tre parole del legislatore sufficienti a mandare in fumo biblioteche, ma riemerge con acutezza di fronte alle trasformazioni accelerate della società industriale, di fronte all'accrescersi delle diversità dei soggetti sociali sempre più necessitanti di una disciplina giuridica differenziata. Rifiutare come parte vera del giuridico le leggi sociali significa difendere l'autonomia scientifica del sapere privatistico.

Tali convinzioni non produssero solo un'opposizione ai nuovi assetti istituzionali, né furono ininfluenti nella frammentazione disciplinare realizzatasi tra Otto e Novecento nell'unitarietà del sapere giuridico. La scienza giuslavoristica si affermò in Italia senza soluzione di continuità con la tradizione culturale cui abbiamo accennato, senza rotture e innovazioni radicali. La ventata innovativa — come vedremo — vi fu, ma incerta, contraddittoria e, per molti versi, sterile.

È nella scienza giuridica ufficiale che vanno ricercate le radici profonde della scienza giuslavoristica. Essa nacque nel suo ambito come tentativo estremo di riconfermare dinanzi alla variegata realtà delle nuove relazioni lavoristiche l'operatività degli schemi classici del sapere dei giuristi, per opporre alla sensibilità confusa e contingente del legislatore verso le trasformazioni sociali l'adesione ' vera ' fornita dal lento mutarsi dell'antica scienza.

Le leggi sociali non diedero origine alla riflessione giuslavoristica ma furono ricomprese nell'autonomo discorso del giurista solo in un momento successivo, a riconfermare le scelte operate non in

base alle nuove norme ma a quelle 'perenni' del sapere tradizionale. Esse rappresentarono però con la loro adesione immediata alle trasformazioni del sociale un segno di contraddizione e, nello stesso tempo, un'elemento di supporto della costruzione giuridica privatistica, prima, e giuslavoristica, poi, protesa alla ricerca di una sua specifica autonomia, di un suo equilibrio tra l'essere scienza e l'aderire ai contingenti mutamenti sociali, tra l'attenzione al nuovo e al differenziato e il perdurante fascino delle simmetrie del passato.

È giunto il momento però di delineare la vicenda. Cercheremo di farlo nelle pagine seguenti accennando — e, nell'economia del saggio, non poteva essere diversamente — a quelle che sono a nostro giudizio le sue linee essenziali a partire dagli inizi degli anni Ottanta. In tale periodo presero forma le scelte che avrebbero orientato l'azione dei giuristi negli ultimi decenni dell'Ottocento e nei primi del Novecento. Innumerevoli sono gli aspetti omessi o trascurati, soprattutto nel versante di analisi istituzionale e normativa delle leggi e in quello, diciamo così, propriamente sociale. Si spera di aver recuperato la lettura di questi aspetti attraverso il filtro fornito dagli scritti dei giuristi.

III. Il delinearsi della conflittualità collegata alla nascente classe operaia è spesso rappresentata nei testi giuridici di fine Ottocento come una lotta attorno ad un solo punto centrale: il diritto, l'affermarsi di un 'nuovo diritto'. Un centralità temuta, poiché mira a coinvolgere non più le sole relazioni tra individui proprietari ma i rapporti tra proprietari e lavoratori, non più i rapporti tra singoli ma quelli tra gruppi.

Il diritto minaccia il buon senso borghese e le relazioni morali e paternalistiche dei proprietari-imprenditori con i subordinati: «... nei lavoratori comincia a fervere un vivo desiderio di emancipazione. La sottomissione spontanea ai comandi dell'imprenditore o del proprietario va diminuendo di giorno in giorno. *Il diritto è l'idea che prevale*, ed è quella con cui la rivoluzione operaia si va compiendo» (24). Emerge il rimpianto per il vecchio mondo agreste

(24) «Ove non si ponga mente a quest'*idea prevalente del diritto*, si corre il rischio di gettare... le basi di un edificio che cederà ai primi colpi di martello dei lavoratori in

idealizzato, per i rapporti morali fondati sulla cordialità e sul cuore, sulla sottomissione dei 'tempi antichi' contrapposta ai sospetti, alla sfiducia, agli antagonismi dei 'tempi moderni' tutti fondati sull'aridità dei rapporti puramente economici (25).

Affiora, in questa prospettiva, anche un nuovo modo di far riferimento al diritto: su questo terreno si misura l'emancipazione dei lavoratori, il compiersi della rivoluzione operaia ed è utilizzando il diritto, piegandolo alle nuove esigenze, che la classe dirigente liberale deve preventivamente dare risposte precise e sicure alla pericolosa situazione sociale. Sul punto giova lasciare ancora la parola a Domenico Berti che, in una sorta di manifesto-bilancio delle sue proposte di riforma, effettuate negli anni della sua permanenza al Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio, pone in risalto con chiarezza un modo diffuso di intendere i termini centrali della questione operaia e delle sue relazioni con 'l'antico' diritto comune: «Non si può tentare la risoluzione di siffatte questioni senza uscire dai termini del diritto antico. Noi non possiamo conferire personalità giuridica alle società di mutuo soccorso, se non applichiamo alle medesime la pienezza della libertà giuridica. Del pari non possiamo rimanere entro i confini del diritto comune, se vogliamo che sia sanzionato il progetto di legge per gli

moto». D. BERTI, *Le classi lavoratrici e il parlamento*, Roma, 1885, p. 55 (il corsivo è nostro).

(25) Rappresentazione questa diffusissima negli anni Ottanta. Basti pensare soltanto alla nota posizione di Alessandro Rossi che accompagnava ad un rigoroso rifiuto dell'intervento del diritto 'in fabbrica' innumerevoli misure protettive di tipo paternalistico per gli operai del suo stabilimento modello. Cfr. su questi temi la bibliografia in nota 2 (infra), nonché G. BAGLIONI, *L'ideologia della borghesia industriale nell'Italia liberale*, Torino, 1974; S. LANARO, *Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia 1870-1925*, Venezia, 1979; V. CASTRONOVO, *La storia economica*, in *Storia d'Italia*, IV, *dall'Unità a oggi*, I, Torino, 1975; A. ASOR ROSA, *La cultura*, in *ibidem*, 2, Torino, 1975.

La sensazione diffusa, insomma, era quella delineata in uno dei tanti scritteelli dedicati in questi anni alla questione sociale in cui si esaltava la moralità dei «tempi antichi» nella figura della «mezzeria toscana»: «La civiltà moderna — si affermava — cangiate le condizioni sociali, tende oggi a far grandeggiare dappertutto i principi economici, e ne soffrono gli stretti rapporti morali...». C. F. BARDI, *Studi di questioni sociali*, Firenze, 1886, p. 77. Per un'ampia bibliografia di questi scritti cfr. L. BULFERETTI, *Le ideologie socialistiche in Italia nell'età del positivismo evolutivista (1870-1892)*, Firenze, 1951.

scioperi, quello sulla responsabilità civile dei padroni (...), quello sui probiviri, quello intorno al lavoro dei fanciulli e delle donne, e così molti altri (...). *La legislazione operaia non sta, né può stare, nelle forme antiche*» (26).

Il 'nuovo diritto' trova infine un suo nome, quello di legislazione operaia; un insieme di «provvedimenti speciali legislativi in favore della classe operaia»: così la definisce lo stesso Berti (27). Nome che — spesso mutato senza variazione di contenuto in legislazione sociale — perde negli scritti di questi anni connotati precisi per diventare parola d'ordine, simbolo dai sensi contrastanti, unico rimedio alla questione sociale, segno imprecisato del 'nuovo' nel diritto e, nello stesso tempo, strumento per imbrigliarlo (28).

La legislazione operaia può così essere rappresentata come il momento di unione tra società civile e Stato, come incontro tra le istanze del sociale e gli apparati istituzionali, come strumento di conservazione sociale e di progresso morale e civile, come nuovo fondamento della costituzione politica. Essa concilia i conflitti. Attenua le rigidità del diritto comune. È sicura garanzia di conservazione. È progresso morale. È solidarietà. È trionfo dell'altruismo e del diritto dei deboli.

La retorica dei teorici della filantropia e della carità si unisce a quella dei fautori della sola forza della classe proletaria e dell'«arena

(26) D. BERTI, *Le classi lavoratrici e il parlamento*, cit., p. 74 (corsivo nostro). I temi enunciati da Berti sono corrispondenti ad altrettanti disegni di legge presentati negli anni della sua permanenza al Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio (1881-1884) nel quarto e nel quinto governo Depretis.

(27) *Ibidem*, p. 18.

(28) Cfr., per esempio, uno scritto pubblicato nello stesso anno in cui apparve quello di Berti: G. B. PAPPALARDO, *Sullo stato della legislazione sociale in Italia*, Roma, 1885, che accomuna sotto il termine legislazione sociale gli argomenti più vari: la soppressione del lotto, la riduzione della tassa sul sale, la limitazione dell'usura, il miglioramento del sistema carcerario e delle leggi di pubblica sicurezza, l'emigrazione, la riforma della pubblica istruzione, la revisione di leggi finanziarie, ecc. (pp. 33 e ss.). Il tutto — occorre notarlo — cercando di mantenere indiscusso il liberismo ed esaltando la libertà per il capitale e 'l'educazione e l'istruzione' per il popolo, affermando e negando allo stesso tempo l'intervento dello Stato: esso «non è mai riuscito a guarire la piaga del pauperismo, anzi, ne aggrava le condizioni, perchè altro non fa che incoraggiare l'ozio, la improvidenza, la spensieratezza» (p. 64).

cruenta della guerra di classe» (29). Il fascino della sua capacità di «comporre il dissidio sociale» fa sì che la esaltino, temperandola con il requisito della 'necessarietà', anche convinti fautori dell'iniziativa privata, critici severi dell'illimitata fiducia nell'azione dello Stato, della così detta «legge di statificazione progressiva» e del socialismo di Stato (30).

La voce dei giuristi non è assente da questo coro inneggiante alle varie e contrastanti qualità delle leggi sociali; ma le affermazioni di Berti sopra riportate ci indicano una convizione diffusa circolante di opera in opera, ribadita sempre più spesso nella aule parlamentari: l'ostacolo principale 'nuovo diritto' che si sta formando è il diritto comune, inconciliabile con esso, e i suoi oppositori sono i giuristi.

L'immagine di una scienza giuridica chiusa nella difesa del Codice e insensibile alle esigenze di rinnovamento emerge soprattutto dal dibattito parlamentare degli anni Ottanta. L'attacco di molti deputati contro gli oppositori delle leggi sociali si rivolge, in primo luogo ai giuristi, alla scienza giuridica e al diritto comune. È sufficiente ascoltare qualche voce per rendersene conto: «... qui non si tratta — affermava il deputato Giovagnoli discutendo nel 1885 alla Camera il progetto Berti relativo all'inversione dell'onere della prova per gli infortuni sul lavoro — di diritto comune. Si tratta di un diritto speciale per un bisogno speciale; si tratta di un diritto

(29) A. LORIA, *Movimento operaio e legislazione sociale*, in *Nuova Antologia*, CLXXIV, 5 (I settembre 1901) p. 29: «Essa (la legislazione sociale) ... non è che una produzione naturale e necessaria della compattezza ed organizzazione della classe proletaria...; è il risultato meccanico dello sviluppo economico, che modifica la forza relativa delle diverse classi e consente ai vinti di ieri di imporsi ai trionfatori. Anziché scendere dalle regioni celesti delle idealità filantropiche e religiose, essa sale dal fango degli interessi materiali, dall'arena cruenta della guerra di classe, dagli abissi infernali dell'egoismo economico».

(30) A. ALBERTI JACONA, *Iniziativa privata e legislazione sociale*, Palermo, 1890, pp. 90 e ss.; cfr. anche M. AMAR, *Studi di diritto industriale*, Torino, 1885. Per una prospettiva più ampia, assumente a suo fulcro il riferimento al modello inglese, cfr. il noto intervento di Marco MINGHETTI, *La legislazione sociale* (conferenza tenuta al teatro Castelli di Milano il 28 maggio 1882), Milano, 1882, nonchè gli innumerevoli interventi di Luigi Luzzati. Per questi ultimi si rinvia a V. SELLIN, *Die Anfänge staatlicher Sozialreform im liberalen Italien*, cit. e G. ARE, *Alle origini dell'Italia industriale*, Napoli, 1974.

nuovo che deve applicarsi a nuovi casi che prima non erano previsti (...). Qui dunque non è né il luogo, né il momento di invocare la rigida severità del diritto comune, la sottigliezza raffinata del *summum jus* (...). D'altronde è forse infallibile il vostro diritto comune? È forse immobile il vostro diritto comune?»⁽³¹⁾.

Da una parte, quindi, un diritto immobile e una scienza giuridica disattenta e ostile alle nuove esigenze sociali, dall'altra, un diritto dell'avvenire in formazione e già visibile, in alcuni suoi tratti, nella nascente legislazione sociale. Convinzione cui si affianca la tendenza a indicare come 'motore' dei mutamenti istituzionali e giuridici una elaborazione del 'nuovo' effettuata esclusivamente — all'esterno, e con l'opposizione, della scienza giuridica — dalla produzione spontanea del diritto dovuta alle relazioni industriali, ai 'bisogni speciali', agli effetti normativi inevitabili della nuova e complessa realtà sociale.

I giuristi, è vero, stentavano a tenere il passo con le trasformazioni in corso. Le loro disattenzioni, la loro incapacità costruttiva nei confronti delle nuove relazioni sociali, la loro difesa del diritto comune non possono essere però interpretate solo come improduttiva opposizione a tutto quanto non rientrava nelle cate-

⁽³¹⁾ *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni, Leg. XV, I. sessione, (15 maggio 1885) p. 13713. Cfr. anche, nella stessa tornata, l'intervento di Umana: «Il Codice è il portato della scienza, ma non è la scienza; poiché la scienza è progressiva, mentre un Codice cristallizza e rende immutabili e le teorie e le disposizioni che abbraccia e preferì. Un Codice risponde alla scienza del tempo trascorso e forse anche dell'oggi; ma non può rispecchiare la scienza del domani... Dirò altresì a questi rigidi ed inflessibili giureconsulti: sonvi forse tutt'ora nel mondo teorie che non siano discutibili? Ammettonsi autorità alle quali si debba sempre soggiacere? La scienza ha dunque limiti che non si debbano sorpassare? No,... il rispetto che io debbo alla scienza del diritto ed ai Codici... non mi persuaderà mai che in un Codice non si possano introdurre aggiunte, nuove disposizioni, e schiarimenti; insomma quanto sia necessario per renderlo veramente adatto alle mutate e mutabili condizioni della società» (p. 13724). Cfr. ancora gli interventi dei deputati Ferrari, Bonacci, Pasolini (*ibidem*, tornata del 13 maggio) e di Andrea Costa (*ibidem*, tornata del 16 maggio). Anche quest'ultimo individua nella legislazione sociale la tendenza ad «istituire un diritto nuovo sul diritto esistente» (p. 13759). Si cfr. infine l'intervento di Domenico Berti che torna a sottolineare che la legislazione sociale si può esplicare solo «all'infuori della legge comune, ossia dei Codici» e che non un criterio rigidamente giuridico, bensì «il criterio economico-politico-sociale che informa tutta questa speciale legislazione è quello che deve servire di base all'esame della legge» (*ibidem*, tornata del 18 maggio, p. 13777).*

gorie del loro rigido formalismo. Non affermiamo ciò per la presenza nella scienza giuridica di fine secolo di quel gruppo di innovatori che affiancava le sue critiche a quelle sopra menzionate: non ci pare convincente infatti collegare la consapevolezza delle trasformazioni sociali e le strategie per farvi fronte a quei soli giuristi non riconducibili all'indirizzo ufficiale dominante, i quali in ogni piega del loro discorso di metodo antiformalista avrebbero registrato prontamente il complicarsi dei processi istituzionali e sociali in corso ⁽³²⁾; come non è convincente l'immagine di una scienza giuridica prima ostile a ogni innovazione, a ogni incrinatura dell'unitarietà del suo sapere e poi quasi improvvisamente rinata, con nuova identità, a sistematizzare in nuovi assetti disciplinari la realtà mutata

Si può invece individuare, a nostro giudizio, nel rapporto tra la scienza giuridica e le leggi sociali, in quello tra il diritto comune 'uguale' e la richiesta di 'un diritto nuovo per i particolari bisogni', una strategia più ampia dei giuristi che conferma solo apparentemente l'immagine semplificata che abbiamo visto emergere dalle pagine di Berti e dal dibattito parlamentare. Essa va colta al di là di alcuni altisonanti manifesti per il così detto socialismo giuridico ed oltre le momentanee aperture interdisciplinari; va individuata in quegli schemi — formalisti, se si vuole, ma che erano ancora i più solidi e i più diffusi nella cultura giuridica di fine Ottocento — che erano finalizzati, sì, a difendere aspetti essenziali della tradizione e del diritto antico, ma che furono capaci di caratterizzare più a fondo i nuovi ambiti disciplinari in formazione, producendo le maggiori interazioni tra i tempi della trasformazione giuridica e quelli dei mutamenti sociali e istituzionali.

III.1. La frattura tra scienza giuridica immobile e 'diritto dell'avvenire' è descritta soprattutto dai giuristi comunemente raggruppati sotto la generica espressione di socialismo giuridico. Basti pensare a qualche nota pagina di Enrico Cimbali: ad «un desiderio profondo di novità, una smania febbrile di riforme in

⁽³²⁾ Per una tale interpretazione cfr. P. BENEDEUCE, *Questione del «metodo» e critica dello «stato indifferente» nella cultura giuridica italiana di fine Ottocento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIII, I, 1983, pp. 57 e ss.

tutte le sfere molteplici della vita» sta di fronte un diritto civile che «sembra non risenta per nulla l'influenza rivoluzionaria dei nuovi tempi», «quasi nave incantata che solca tranquilla le onde burrascose seminate di cadaveri e di moribondi» (33). Oppure al vibrante atto di accusa di Giuseppe Salvioli contro i «legisti», «classe... abituata ad adagiarsi sui letti dei vecchi sistemi», «ceto... affetto di atavismo e di odio pel nuovo» (34).

I giuristi innovatori aggregano attorno a questa distinzione una serie ampia di riferimenti alle leggi sociali. Se l'obiettivo di lungo periodo è la rifondazione del Codice civile e la costruzione di una nuova normativa aderente ai bisogni sociali, lo strumento immediato per effettuare parte di tale trasformazione è individuato però nelle leggi speciali, nell'intervento settoriale dello Stato capace di soddisfare subito esigenze particolarmente gravose, di sanare i contrasti più acuti creati dalle 'norme borghesi'. Il riferimento alle leggi speciali sorregge la richiesta di una 'nuova fase' del diritto civile, preannuncia in concreto l'avvento del 'Codice dell'avvenire', anche allorchè il giurista invita a non riporre «soverchia fiducia» in esse (35).

La maggiore visibilità delle diseguaglianze, l'accrescersi della lotta tra capitale e lavoro impongono, per questi giuristi, nuove forme di socialità e nuovi compiti di carattere «moderatore e pacificatore» per lo Stato (36). Le leggi sociali rappresentano in

(33) E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, (1885), Torino, 1895 (3. ed.), p. 5.

(34) G. SALVIOLI, *I difetti del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie* (Discorso letto per la solenne inaugurazione degli studi della R. Università di Palermo il giorno 9 novembre 1890), Palermo, 1890, pp. 5 e 6.

(35) *Ibidem*, p. 41. Anche Salvioli, in specifico riferimento al dibattito della prima metà degli anni Ottanta sulle leggi sociali, individua nella opposizione dei giuristi la causa del fallimento della legge recante le maggiori innovazioni al diritto comune, quella sugli infortuni del lavoro (p. 6). La posizione dello storico del diritto riguardo alle leggi sociali può essere desunta anche da *Il lavoro delle donne e dei fanciulli nelle leggi straniere più recenti*, in *Scuola positiva*, II, 1892, pp. 1 e 2 dell'estratto: «Attendere che lo sviluppo fatale del capitalismo produca gli eccessi che ne cagioneranno la distruzione è cosa lunga»; nell'attesa, l'intervento dello Stato può «affrettare il cammino troppo lungo delle conseguenze storiche e delle fatalità economiche».

(36) «... il provvido intervento di una potenza ugualmente amica, autorevole ed imparziale che, assidendosi arbitra in mezzo alle forze belligeranti, faccia, coll'assegnare

quest'ottica il primo segno nel diritto delle rinnovate esigenze sociali, la prima espressione dei nuovi compiti dello Stato; esse, pertanto, non possono che manifestare una nascente, complessa, realtà sociale, riconoscendo «i soggetti e gli oggetti nuovi del diritto privato» e imponendo, in nome della socialità, deroghe crescenti al diritto rigorosamente individualista ⁽³⁷⁾.

L'idea dominante è quella di una progressiva *erosione* delle norme del Codice individualista, e, nello stesso tempo, di un *allargamento* della sfera del diritto privato finalmente in grado di «consacrare l'esistenza ed il valore giuridico di persone, di beni e di attinenze reciproche tra le une e gli altri, di cui si mostra completamente ignaro il codice civile» ⁽³⁸⁾. Il tema è ricorrente nelle pagine

a ciascuno la parte di diritto che le spetta, cessare le cause e gli effetti di una lotta per tutti certamente disastrosa». E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit., pp. 55 e 56. Ritroveremo spesso nelle pagine successive il riferimento ai conflitti sociali come 'guerra' e la richiesta di un intervento coattivo pacificatore dello Stato.

⁽³⁷⁾ E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit., p. 57.

Per valutare l'impatto delle affermazioni di Cimbali sulla cultura giuridica dominante è qui sufficiente richiamare alcune argomentazioni di Assuero Tartufari (*Recensione a E. CIMBALI, La Nuova...*, cit., in *Archivio Giuridico*, XXXVI, 1886, pp. 149 e ss.) volte a separare l'affermarsi della nuova realtà industriale, «la varietà e gli ampliamenti dell'ordine economico» dall'«ordine giuridico». «E guai — si afferma — se così non fosse, imperocchè un Codice civile non potrebbe avere lunga durata, e i principi giuridici, che hanno la caratteristica eterna della giustizia, sarebbero soggetti alle continue mutabilità dell'industria e del commercio...». Il problema centrale è per Tartufari quello di sottrarre i rapporti giuridici civilistici ai mutamenti accelerati dell'economia, quello di negare uno 'smembramento' delle figure civilistiche in corrispondenza della varietà del nuovo ordine economico: «Non si nega, che un novello ramo d'industria fin qui sconosciuto non meriti di essere accuratamente disciplinato; ma che i rapporti giuridici debbano assolutamente variare colle diverse forme dell'industria non possiamo ammettere». E ancora: «Trarre ragione di differenza in ordine al diritto civile della varietà che i beni, gli agenti, le forze possono avere, sarebbe lo stesso che rendere impossibile un Codice civile, e assoggettare i rapporti giuridici ad una pedantesca e insopportabile disciplina» (pp. 158 e 159).

⁽³⁸⁾ E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit., p. 57.

Natalino Irti distingue, per descrivere l'odierno rapporto tra Codice e leggi speciali un «processo di erosione» ed «un processo di assorbimento». Il primo fa sì che l'introduzione di nuovi principi in leggi speciali riduca la normativa del Codice a disciplina residuale; il secondo fa perdere al Codice anche tale disciplina che è attratta anch'essa in sedi esterne al Codice. È «il tramonto dell'ideologia tolemaica» del Codice e l'affermarsi di un «sistema policentrico» avente a base di unità la rigidità della Costituzione (*L'età della decodificazione*, cit., pp. 33 e ss.).

degli innovatori che parlano esplicitamente di «elargimento dell'oggetto del diritto privato in rispondenza al movimento immensamente complesso dei subbietti» (39).

Lo sviluppo economico, le trasformazioni sociali, le nuove relazioni industriali 'complicano', per questi giuristi, soprattutto il diritto privato, ne rendono più ampio l'oggetto tradizionale, ponendo a fianco, e in contrasto, dei suoi antichi principi individualistici delle norme giuridiche attente alla complessità delle relazioni tra individuo e 'corpo sociale'. Spesso sono le certezze evoluzionistiche che spingono a individuare nelle trasformazioni in corso i primi segni della nuova era sociale e giuridica, le prime sconfitte dell'immobilismo e del conservatorismo della scienza giuridica tradizionale, condannata dalla «logica irresistibile dell'evoluzione sociale» (40).

C'è, insomma, «un nuovo mondo che sorge e debella un mondo vecchio che tramonta» (41). E nuovo deve essere il diritto, più ampia la sfera delle relazioni ad esso sottoposta; nuova deve essere la capacità interpretativa, la sensibilità e la progettualità della scienza del diritto privato (42).

Nelle pagine dei nostri innovatori, invece, al processo di erosione del Codice, dovuto ai nuovi rapporti sociali e alle leggi speciali, si affianca un processo che dicevamo di allargamento; un allargamento dello stesso Codice non più individualista ma sociale. Sia l'idea di Codice che quella di sistema rimangono il centro indiscusso dell'analisi dei nostri giuristi. L'idea di una frantumazione del diritto civile non si pone: le leggi sociali, infatti, convergono verso il nuovo unitario sistema ispirato alla socialità, verso l'armonicità delle simmetrie del nuovo Codice e del nuovo diritto.

(39) G. VADALÀ PAPAIE, *Diritto privato e codice privato sociale*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, p. 23; cfr. ancora p. 24: «... e la sfera delle relazioni del diritto privato... si elarga fino a comprendere una nuova tela di rapporti sociali, che studia dal lato esclusivamente privato».

(40) F. PERRONE, *Lo spirito sociologico nel diritto commerciale*, in *La scienza del diritto privato*, III, 1895, p. 71.

(41) *Ibidem*, p. 72.

(42) Si legga, in tal senso, la pagina introduttiva (*Ai lettori*) della rivista *La scienza del diritto privato*, firmata dai direttori Tortori e D'Aguanno. Puntuale emerge, come in molte altre pagine della rivista, il riferimento alle leggi speciali e all'esigenza di una loro sistematizzazione: «sì è ondeggiato tra il vecchio e il nuovo, e sembra che si abbia timore di incorporare nel Codice civile i principi di una nuova legislazione sociale» (p. 5). I fautori della 'incorporazione' erano, in effetti, una esigua minoranza. Per una

Il discorso sociale dei giuristi innovatori trova un'autorevole conferma tecnica nelle leggi speciali: esse rappresentano, è vero, uno strumento ancora rozzo e transitorio, sono però capaci di delineare nel giuridico i 'germi' del futuro, di mostrare un primo invero istituzionale del progetto volto, diciamo così, a giuridificare complessivamente la nuova realtà e i nuovi soggetti sociali. L'aumento delle leggi speciali deve essere letto quindi *nel* diritto civile. Un diritto civile che si allarga ai gruppi, alle associazioni, che è capace di disciplinare situazioni prima ignote ai suoi tradizionali principi individualistici che sono d'altronde, sempre più 'erosi' dal 'nuovo diritto' (43).

Le leggi sociali, le leggi 'extravaganti' preannunciano la rottura del sistema, ma mostrano già la logica e la composizione del nuovo sistema. Distruggono le vecchie certezze, ma indicano alla scienza giuridica le linee su cui ricomporre il quadro frammentato del suo sapere, mostrano le simmetrie del futuro, il quadro organico del nuovo Codice. Esse sono un tassello di un mosaico complesso di cui il legislatore forse non ha consapevolezza, ma che i giuristi attenti 'all'avvenire' devono scorgere nella sua intrezza e contribuire a comporre, per risolvere col diritto la lotta di classe, per conciliare e perfezionare nel nuovo assetto sociale i diritti dell'individuo, per riunificare individuo e società (44).

analisi del progetto degli autori della rivista, cfr. il recentissimo P. GROSSI, «*La scienza del diritto privato*». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, 1988.

(43) Cfr. A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, in *La scienza del diritto privato*, III, 1895, p. 595: «... una serie crescente di leggi speciali, addiattive o extravaganti... dettate dall'imperiosa necessità dei tempi, vengono *allargando ampiamente la sfera del diritto privato*... Questa parziali conquiste allargandosi per estensione, finiranno per *esautorare del tutto i due codici di diritto privato*, sia perchè aumentano le antinomie tra la legge generale e la legge speciale, sia perchè aumentano le contraddizioni tra vecchio e nuovo diritto». Il corsivo è nostro.

(44) Cfr. C. CAVAGNARI, *Leggi civili speciali*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, saggio in cui ritorna puntualmente lo schema che dicevamo della erosione dei principi individualistici e dell'autorità del vecchio Codice e dell'*allargamento* della sfera delle relazioni del diritto privato, del 'nuovo Codice': «... il *diritto dell'individuo* è mediante quelle disposizioni *continuamente menomato* da quello dell'associazione e l'interesse privato è posposto al generale. E d'altra parte quel vasto complesso di *leggi speciali* che si sono promulgate e che dovranno aumentare, e per le quali *si allarga di molto la sfera*

L'analisi del rapporto tra legislazione speciale e diritto comune è accorta: se la si priva delle attese escatologiche del futuro ordine fornito dal Codice sociale e dal nuovo sistema, ci fornisce una riflessione che guarda lontano, staccandosi dalle miopie di tante analisi contemporanee tutte incentrate sulla indiscutibilità della costituzione privatistica. La parte essenziale, però, del discorso degli innovatori era proprio l'attesa del ' nuovo ordine ' ; e, d'altra parte, essi erano invece ancora troppo immersi in certezze culturali ' antiche ' .

Gli innovatori non furono capaci di modificare sostanzialmente la visione dogmatica della scienza giuridica dominante, di avviare una elaborazione capace di utilizzare nello studio degli istituti giuridici i nuovi ' segni ' in maniera non subordinata alle norme antiche. Furono più preoccupanti di ricomporre il disuguale che di comprenderlo, più attratti dal mito delle virtù pacificatrici e solidaristiche del diritto, dall'esigenza di evitare la lotta di classe delineando un sistema sociale preciso e ordinato, che dalla necessità di approntare minuti strumenti tecnici per la tutela concreta delle nuove situazioni. Anche per questo gli innovatori furono considerati come i cantori di un avvenire troppo lontano per mutare gli istituti giuridici del passato e del presente, o come ' i politici ' le cui analisi andavano lette e interpretate come tali, e perciò fuori dalle austere riflessioni della scienza.

Qui ci interessava però soprattutto sottolineare la descrizione operata da questi giuristi del rapporto tra diritto privato e leggi sociali. Tale rapporto si dispose nel periodo tra Otto e Novecento non secondo lo schema della erosione dei principi individualistici e dell'allargamento di quelli sociali avanzato dagli innovatori bensì lungo una linea direttrice diversa, espressiva delle scelte della scienza giuridica dominante, delle paure e delle strategie elaborate dalla scienza antica di fronte ai particolari bisogni e ai mutamenti sociali accelerati.

del diritto privato, e d'altra parte si deroga ai canoni rigorosamente individualistici delle legislazioni vigenti, finirà per togliere ogni autorità al Codice» (p. 95, corsivo nostro). Tale movimento, secondo Cavagnari, rafforza i principi individualistici: «La collettività va aumentando di potenza, di espansione; ma a tutto vantaggio dell'individuo che in essa si integra e si perfeziona» (p. 234).

Per comprendere questo assetto non è ai sostenitori del ' nuovo ' che occorre guardare ma ai così detti fautori della severità del Codice, ai difensori della sua immobilità, ai nemici del ' nuovo diritto '.

III.2. I passeggeri della nave incantata — per restare nella metafora di Cimbali — non erano così incauti da ignorare il mare tempestoso: la questione sociale, l'esigenza di forme di intervento dello Stato nella società civile, il tema delle relazioni tra unitario e onnicomprensivo sapere privatistico e l'affermarsi di nuovi soggetti compaiono sempre più spesso nelle pagine di giuristi ' conservatori ' — che indicheremo qui come fautori delle distinzioni —.

Considerando i loro scritti, le contrapposizioni viste sono riconfermate, ma evidenziano un quadro più articolato della scienza giuridica e delle sue relazioni con una società a sviluppo industriale crescente. La loro opera, se, per un verso, riflette la tradizione pandettistica volta a separare il giuridico dal sociale, introduce, per un altro verso, elementi di novità, adeguamenti specifici del sapere antico alle trasformazioni sociali in corso. Le risposte avanzate dai fautori delle distinzioni negli anni Ottanta avrebbero segnato la linea vincente, indicando le peculiarità del rapporto tra la cultura giuridica e le più intricate relazioni individuali e collettive della società industriale, riaffermando l'autonomia scientifica della scienza privatistica di fronte ai sempre più ampi interventi legislativi volti a ' normativizzare tutto il sociale '.

Gli scritti di questi autori contengono scelte nette, soprattutto riguardo al tema cruciale del rapporto tra leggi speciali e principi giuridici unitariamente disciplinari dal Codice, che condizionarono a lungo e la prassi giudiziaria e la dottrina.

La posizione di due illustri privatisti, Vittorio Polacco e Gian Pietro Chironi, ben esprime, a nostro giudizio, le scelte di cui dicevamo.

Nel novembre del 1884 Vittorio Polacco, giovane allievo di Bellavite, in una prolusione padovana dedicata prevalentemente a questioni di metodo invitava — in riferimento al dibattito sul divorzio — a collocare «sopra inaccessibile roccia» i principi e le idealità del diritto privato sempre più minacciato dalla «marea del

materialismo» (45). Due mesi dopo, sviluppando lo stesso pensiero, affrontava il tema del rapporto tra la legislazione civile e la questione sociale (46).

Anche nel campo giuridico — affermava — l'analisi del problema sociale, che pur è di natura essenzialmente economica, non può essere rinviata; la questione è grave poichè minaccia il diritto civile ed i suoi istituti fondamentali (47). Polacco si chiede con quale genere di provvedimenti la legislazione civile debba intervenire nelle questioni sociali e risponde affermando che si devono respingere sia la tesi dei fautori di uno Stato passivo e di una legislazione civile «muta» di fronte a tali problemi, sia le oscure risposte della sociologia (48). Una «nuova scienza» quest'ultima che riflette «l'età nostra di transizione» il cui segno caratteristico consiste in «una babelica confusione di lingue» (49).

È soprattutto tale confusione che il giovane giurista vuole respingere. Gli entusiasmi dei civilisti evolutivisti per la fine dell'era individuale, i clamori per il nuovo principio di socialità — con il conseguente «plauso illimitato a quei provvedimenti che oggi... vengono sotto il nome di legislazione sociale» (50) —, la tendenza a farne l'elemento base del Codice gli appaiono una estensione della confusione del tempo anche al campo giuridico, una attribuzione eccessiva di fiducia alla legge (51), una sopravvalutazione della «portata dell'elemento industriale» (52).

(45) V. POLACCO, *Prelazione al corso di istituzioni di diritto civile letta nella R. Università di Padova il giorno 26 novembre 1884*, Padova, 1885, p. 25.

(46) V. POLACCO, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile* (Prelezione letta a Camerino il 22 gennaio 1885), Camerino, 1885.

(47) *Ibidem*, pp. 9 e ss. Diritto ed economia sono associati — sostiene Polacco — dalla «necessità di lottare contro un comune nemico, il Socialismo, il quale, nel giurare guerra a morte all'Economia politica, l'esecrata scienza della tirannide borghese, minaccia ad un tempo di ferire al cuore il Diritto civile, con la soppressione della libertà individuale, della proprietà e fors'anco della famiglia, in altre parole di quei fondamentali istituti che costituiscono il vero e proprio suo obbietto» (p. 10).

(48) V. POLACCO, *La funzione dell'odierna legislazione civile*, cit., pp. 16 e ss. e p. 25.

(49) *Ibidem*, p. 20.

(50) *Ibidem*, p. 19.

(51) *Ibidem*, p. 22.

(52) *Ibidem*, p. 24.

Il giurista non nega l'esigenza di un intervento, ma teme l'affermarsi di una «socialità invadente» — pronta a «riassorbire il cittadino nello Stato», a sopprimere la «libertà individuale, massima conquista del mondo moderno» ⁽⁵³⁾ — e tenta di arginarla, di renderne visibile l'emarginazione e l'estraneità rispetto ai principi giuridici da salvaguardare: «resti — afferma — il Codice nella sua essenza qual è, e i pochi provvedimenti di legislazione sociale, per avventura necessari, vi si accolgano intorno, sotto forme di leggi singole, quasi pianeti attorno al Sole» ⁽⁵⁴⁾. Il centro del sistema giuridico resta inalterato; i nuovi principi possono gravitargli attorno ma non sostituirlo.

La dicotomia diritto comune-leggi sociali rimane, ma Polacco ne sottolinea un punto diverso: non gli interessa la nascita di un 'nuovo diritto' ma la sua inaffidabilità, la sua incapacità di essere principio generale, di superare il terreno della specialità: confino in cui il fare classificatorio del giurista deve necessariamente condannarlo.

Pochi anni dopo, commentando il progetto di Codice civile tedesco ⁽⁵⁵⁾, l'autore mitiga l'asprezza delle sue affermazioni: il legislatore è invitato a non sottrarsi alle nuove esigenze e a temperare l'eccessivo individualismo dei principi tradizionali con il riferimento alla socialità. Ma i dubbi rimangono: «io temo che questo grand'astro della socialità si trovi circonfuso da troppe nebbie, perchè possa rendere almeno distinti i contorni delle cose che dovrebbe senz'altro illuminare di nuova luce...; temo che questo elemento sia piuttosto vagamente intuito come ingrediente necessario delle moderne leggi civili, che concreto e concretabile in tutte le sue applicazioni...» ⁽⁵⁶⁾.

C'è un nuovo diritto ispirato alla socialità che si sta formando, ma esso è per il giurista, abituato a costruire un sistema con linee precise, ancora confuso e informe. Ha più il linguaggio della sociologia che quello rigoroso della scienza giuridica. È più il

⁽⁵³⁾ *Ibidem*, p. 23.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*, p. 24.

⁽⁵⁵⁾ V. POLACCO, *Il diritto romano nel recente progetto di Codice civile germanico*, Padova, 1889.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*, p. 28.

prodotto di una fase di transizione che il manifestarsi di un nuovo ordinamento capace di «soppiant(are) la base tradizionale fino ad oggi adottata», di far scomparire le «cause intrinseche della universalità del diritto romano» (57).

Gli innovatori, i giuristi propensi ad imitare le nebulose costruzioni sociologiche non pongono in questione delle norme poste da un legislatore qualsiasi, ma un sapere giuridico millenario dalle linee precise, un sapere la cui 'immodificabilità', la cui universalità non è il frutto politico della scelta di un momento ma il risultato di una evoluzione lenta, di un miglioramento operato dall'esperienza dei secoli, di una precisione e di un rigore inseguito da generazioni di giureconsulti.

Il giurista confronta la precisione dei vecchi strumenti, l'ordine rigoroso dei principi del diritto codificato e non può che guardare con distacco le teorie dei sostenitori di rivoluzioni in un sapere che a queste è sempre sopravvissuto. Non capisce, è disorientato: non dal 'nuovo mondo', poiché è convinto di avere ancora gli strumenti validi per l'oggi e per il domani, capaci di interpretare i rapporti fra individui, ma da tanto affannarsi a reclamare rivolgimenti radicali nell'intero diritto civile solo per ottenere costruzioni giuridiche appropriate ad una fase transitoria. Non comprende perchè, in nome di un non chiaro principio di socialità, si debbano abbandonare principi che si sono adattati a tutti i tempi, rinunciare a norme 'immortali', per assumere a direttrici del sapere giuridico delle regole funzionali ai particolari bisogni di una stagione.

Uno sconcerto — di fronte ai mutamenti accelerati dei nuovi tempi e alle sempre più frequenti modificazioni giuridiche apportate dal legislatore al diritto comune — riscontrabile anche nel giurista maturo, ben disposto a negare la critica delle leggi speciali effettuata in passato (58), ma pur sempre irremovibile nella sua protesta

(57) *Ibidem*, p. 28. L'ultima espressione ricalca il titolo di un saggio di Biagio Brugi.

(58) Cfr. V. POLACCO, *Le cabale nel mondo legale* (Discorso letto nell'adunanza solenne del R. Istituto veneto di Scienze, Lettere ed Arti il 24 maggio 1908), in V. POLACCO, *Opere minori*, Modena, 1928, vol. I°, p. 51: «Non è per accademica idolatria di un classicismo architettonico, non per un ideale di euritmia affatto sterile, che altre volte ho alzato la voce contro siffatte deformazioni dell'edificio legislativo. Ben vengano le leggi speciali a modificare quando il bisogno ricorra, e anche a scalzare del

contro «il mal vezzo» di far «penetrare di sbieco» grosse modificazioni nel diritto comune attraverso le «leggine che si votano a vapore quando la canicola infuria» (59). Rimane l'incomprensione e il rifiuto del giurista-scienziato per un sistema scientifico da costruire con la «farraginosa produzione della macchina parlamentare», con quel «arruffo di norme» (60) con cui è costretto a misurarsi quotidianamente

Polacco, d'altronde, esprime una sua convinzione giovanile quando afferma che un'armonizzazione reale del diritto con le mutate condizioni sociali potrà ottenersi solo dando «nuovo ossigeno» alla solida costruzione del diritto comune, attraverso le clausole generali, il polmone del Codice (61), invece di minarne ancora l'unitarietà con uno stillicidio di leggi speciali. Affermazioni non staccate dall'intransigenza del giurista giovane: rappresentano un logico sviluppo della richiesta di collocare in leggi speciali senza peso le risposte immediatamente necessarie alle esigenze sociali e di continuare la vera ricerca giuridica nel solco di principi fondamentali. È in quest'ambito che si ottengono le trasformazioni ' vere ', ed esse devono essere affidate non al legislatore ma alla scienza giuridica (62). Il rifiuto giovanile delle leggi speciali rappresentava,

tutto questa o quella parte del Codice. E lo scalzino pure tenendo conto della disuguaglianza di fatto, per vie di eccezione alla legge comune... ma dove effettivamente lo esigono i rapporti della vita reale».

(59) V. POLACCO, *Le cabale nel mondo legale*, cit., p. 51.

(60) *Ibidem*, p. 42.

(61) *Ibidem*, p. 60: «Sono poi nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratori perchè gli consentono di alimentare di sempre nuovo ossigeno, sì che si adatti con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al vagliare dell'atmosfera che lo circonda». Per qualche riferimento a Polacco e alla teoria delle clausole generali cfr. D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal codice napoleonico al Codice civile italiano del 1942*, Milano, 1970, pp. 383 e ss. e 429 e ss.

(62) Di fronte alla ' missione creativa ' della scienza giuridica cadono gli argomenti della intangibilità del Codice e del diritto romano che erano stati utilizzati per contrastare l'incidenza dell'intervento legislativo ' speciale ' sul diritto privato. Cfr. V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915 (2. ed.) p. 17: un «importantissimo compito... incombe al civilista, il quale non voglia limitarsi ad una gretta interpretazione del testo»: «scoprire» e «cercare di colmare tutte quelle lacune che, per un cieco ossequio al tipo romano e senza riguardo alle odierne condizioni economiche, furono pur lasciate nel nostro ordinamento legislativo delle obbligazioni». Non abbiamo qui ' un altro ' Polacco rispetto a quello del 1885; abbiamo semplice-

sì, una chiusura conservatrice di fronte alle nuove richieste sociali, ma conteneva anche, e soprattutto, una fiducia nelle tecniche ermeneutiche del giurista, nella sua capacità di colmare le lacune, di dare risposte ai problemi sociali più attendibili — poiché più meditate e meno legate al transitorio — di quelle date dal legislatore o dagli imitatori delle nuove scienze.

Lo stesso tormento, se ci è consentita l'espressione, la stessa ricerca di un rigore di principi civilistici anche di fronte alle mutate condizioni del lavoro industriale si ritrova nelle pagine di un intervento di Gian Pietro Chironi sul tema della responsabilità dei padroni per gli infortuni del lavoro ⁽⁶³⁾. Anche per Chironi ci sono delle confusioni da evitare: quella del fatto con il diritto, quella del sociale con il giuridico. Lo schema del civilista sardo è lineare: la situazione dei rapporti di lavoro industriale crea solo nuovi fatti che non possono «cacciare fra le anticaglie» i principi di «solenne giustizia» fissati nel diritto comune. Riguardo al discusso tema 'speciale' degli infortuni sul lavoro, quindi, il giurista, pur osservando i fatti, non potrà che ribadire, in diritto, il principio per cui «responsabilità vale colpa» ⁽⁶⁴⁾. Scelta che necessariamente si impone assumendo a «criterio direttivo» della ricerca civilistica «la distinzione della questione giuridica dalla questione sociale» ⁽⁶⁵⁾, la distinzione tra transitorio e immutabile.

La posizione di Chironi è tanto più rimarchevole in quanto l'autore non è immune da tiepide ma sincere aperture all'evoluzionismo positivista e alla sociologia. Un evoluzionismo, quello di Chironi, adeguato ai tempi lenti di trasformazione del giuridico, tutto incentrato sul diritto romano e sulla permanenza dei suoi caratteri fondamentali a nucleo vitale di ogni evoluzione ⁽⁶⁶⁾. Le

mente uno svolgimento delle tematiche insite nella prolusione giovanile: i tempi di sviluppo e le modalità di trasformazione del diritto civile devono essere impressi dalla scienza giuridica. La stessa teoria delle clausole generali come 'polmone' del Codice è funzionale a questa esigenza.

⁽⁶³⁾ G. P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni del lavoro*, in *Studi Senesi*, I, 1884, fasc. 2 (pp. 127 e ss.) e 3 (pp. 231 e ss.).

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*, pp. 128 e 129.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*, p. 304.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. in tal senso soprattutto G. P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto* (Discorso

convinzioni del giurista, il peso della sua formazione culturale prevalgono e plasmano e misura delle antiche certezze ogni apertura alle nuove scienze e al complicarsi delle relazioni economiche e sociali. Il Chironi più autentico resta quindi il civilista con il suo rigore nelle distinzioni. Il Chironi per cui il campo del giuridico termina con lo scomparire della sola figura di responsabilità nota al sapere millenario del giurista, l'unica possibile, quella avente come criterio di imputabilità la colpa. Oltre c'è un settore che riguarda «non il diritto civile, non la responsabilità, la questione giuridica insomma, sibbene la sociale oggetto di studio per l'economista e per l'uomo di Stato» (67). Un settore in cui i 'mali dell'industria' potranno essere affrontati con criteri più flessibili di quelli del diritto civile, stabilendo anche nuovi principi, i quali però non saranno attinenti alla responsabilità, le cui forme sono state fissate una volta per tutte dal sapere giuridico romanistico, bensì ad un ambito non giuridico, quello della «garanzia», della «previdenza», della «prevenzione» (68).

Le tematiche connesse all'industrializzazione paiono disporsi quindi nel pensiero giuridico in un versante diverso da quello del 'vero' diritto che resta puro, incontaminato. Diritto comune e leggi speciali, questione giuridica e sociale, rimangono termini antagonisti, espressivi di mondi culturali diversi, inconciliabili tra loro. Anche nel caso in cui l'insufficienza del diritto comune si fa più palese, nei punti in cui più forte le situazioni sociali mostrano l'esigenza di un globale ripensamento o di una verifica dell'intera struttura giuridica di taluni istituti, i giureconsulti appaiono prec-

pronunciato per la commemorazione di C. Darwin nella R. Università di Siena il 21 maggio 1882), Siena 1882; G. P. CHIRONI, *Sociologia e diritto civile* (Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Torino detta il 25 novembre 1885), Torino, 1886. Entrambi gli scritti non furono, significativamente, ricompresi dall'Autore nella raccolta *Studi e questioni di diritto civile* (Torino, 1913). Si cfr. in quest'ultima invece, nel senso cui si fa qui riferimento, *L'individualismo e la funzione sociale* (1898), vol. I, pp. 21 e ss. — Sul punto cfr., ancora *infra* nota 202.

(67) G. P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni*, cit., p. 296.

(68) *Ibidem*, pp. 130 e 340. L'assicurazione è presentata come «rimedio efficacissimo» per il problema degli infortuni. La strada è quella, poi percorsa, di un 'rimedio' alla questione della responsabilità per infortuni 'indolore' per la questione giuridica privatistica. Cfr. sul punto *infra*, soprattutto IV, I.

cupati soprattutto di delimitare con nettezza gli spazi della loro scienza, di impedire l'ingresso di nuovi dati al suo interno: continuo esercizio di *actio finium regundorum* che esprime una difesa di identità tecnica contro le ' genericità ' della sociologia e contro le aperture interdisciplinari degli anni Settanta e Ottanta (69). I giuristi sono disposti, certo, a riconoscere l'importanza del sociale, ma non intendono farlo interagire con il giuridico, con la parte ' vera ' del giuridico, se non attraverso il filtro della elaborazione lenta degli antichi principi effettuata dalla scienza.

Le voci di Polacco e di Chironi non sono isolate. Più vicini alle loro posizioni che a quella degli innovatori sono gli scritti degli autori schierati per una «riforma parziale» del Codice, uno «stuolo dei timidi» — così li denominava Tortori (70) — che condivide certezze e propone soluzioni non dissimili da quelle dei fautori delle distinzioni. Esponenti di spicco sono Biagio Brugi e Pietro Delogu.

Quest'ultimo, dalle pagine della sua rivista catanese, l'*Antologia giuridica*, lanciò un problema, per così dire, linguistico, che bene esprime incertezze, paure e antiche convinzioni della scienza giuridica italiana tardo ottocentesca. Il termine Codice privato sociale, a dire di Delogu, è inaccettabile poichè contiene in sé una confusione tra concetti privatistici e pubblicistici intrinsecamente diversi tra loro. La riforma — dice — è necessaria, ma — si affretta ad aggiungere — non si possono stravolgere le configurazioni classiche, non si può trasgredire alla limpida divisione ulpiana senza gettare l'intera scienza giuridica in un pericoloso stato di confusione, contraria all'ordine e, quindi, alla scienza.

Nota caratteristica del diritto privato pertanto è, e deve rimanere, l'individuo, la privata utilità, il rapporto del mio e del tuo; la sociale utilità e il benessere dell' ' organismo sociale ' sono invece

(69) Cfr. riguardo alle aperture interdisciplinari della cultura giuridica: N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX*, in *Bollettino dell'istituto di filosofia del diritto*, 1942, pp. 73 e ss. e 109 e ss.; P. GROSSI, ' *Un altro modo di possedere* '. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, pp. 199 e ss.

(70) A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, cit., p. 573.

esclusiva competenza del diritto pubblico ⁽⁷¹⁾. Ristabilito 'l'ordine' si può notare pienamente, secondo Delogu, la contraddittorietà del termine Codice privato sociale, volto a creare un ibrido, uno «strano connubio» tra il diritto dei privati e quello della società ⁽⁷²⁾.

Il nostro giurista si proclama favorevole alle riforme non meno che alle distinzioni rigorose, e si ingegna a farle convivere insieme: ben venga — sostiene — la legislazione sociale, ma si ponga «accanto» al diritto civile, non «alteri il concetto di contratto» ⁽⁷³⁾, non muti nella sostanza gli istituti giuridici tradizionali. Si può così persino ipotizzare un Codice sociale, ma l'importante è tenerlo separato dal Codice civile per impedire che interventi settoriali e parziali mutino le strutture fondamentali del diritto privato tramandate dal diritto romano ⁽⁷⁴⁾.

Il diritto privato resta individualista, fedele alla «fonte perpetua e inesaurita» di regole giuridiche date dal diritto romano; le regole sociali complesse ottengono una loro espressione legislativa, un Codice sociale, collocato in un ambito pubblicistico e senza alcuna interferenza con il Codice privato, con la sua razionalità immutabile. Il discorso è tanto fragile teoricamente quanto radicato nella cultura giuridica del periodo: è accennato nelle distinzioni poste da Polacco e da Chironi, è il centro teorico di una nota prolusione del 1886 di Francesco Filomusi Guelfi ⁽⁷⁵⁾, sarà riproposto da Nani e da

⁽⁷¹⁾ P. DELOGU, *Codice privato e codice sociale*, in *Antologia giuridica*, V, 1891, pp. 11 e ss. e p. 16.

⁽⁷²⁾ *Ibidem*, p. 12.

⁽⁷³⁾ L'esigenza di una riforma riguardava soprattutto — come vedremo — il contratto di lavoro, e su questo punto Delogu è particolarmente chiaro: «la locazione di opere, disciplinando nel rapporto contrattuale la libera opera del libero operaio, è tanto nobile per i contraenti quanto il lavoro, che ne è obbietto; essa parifica nella libertà del consenso, nella varietà dei patti, nell'astratto concetto del corrispettivo, l'operaio intellettuale e meccanico, l'artigiano all'artista, il salariato al più elevato funzionario dello Stato. Si chiedano riforme al contratto di locazione di opere, si invochi pure il mutamento di nome, ma non si alteri il concetto giuridico del contratto e non si ponga a base della riforma legislativa una mal cercata ragione di personale dignità né l'inutile ricordanza di vizi di tramontati istituti legislativi». *Ibidem*, p. 26.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. P. DELOGU, *Le riforme parziali del codice civile italiano e il diritto romano*, in *Antologia giuridica*, III, 1889, pp. 163 e ss.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. F. FILOMUSI. GUELFI, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono* (discorso letto nella R. Università di Roma il giorno 5 novembre 1886) in

Solari e riemergerà soprattutto nelle pagine di Barassi. La difesa della rigorosa autonomia privatistica negli anni delle trasformazioni sociali accelerate rappresenta la caratterizzazione specifica della scienza giuridica 'ufficiale' di questi anni.

Non mancarono, certo, voci discordi, critiche puntuali alle distinzioni viste, ma le affermazioni dei sostenitori del nuovo caddero nel vuoto e la loro progettualità politico-giuridica per il futuro fu ritenuta confusa metafisica, utopia senza relazione con la vita concreta del diritto.

Negli scritti di Vadalà Papale, di D'Aguanno e di Tortori, comparsi nella rivista fiorentina *La scienza del diritto privato*, la distinzione operata da Delogu è uno dei bersagli preferiti e l'impossibilità di distinguere i fattori giuridici 'puri' da quelli sociali è parola d'ordine. Piene di troppe mediazioni, di tentativi innovatori da inserire in una proclamata continuità assoluta con la tradizione ci appaiono le risposte di Vadalà⁽⁷⁶⁾, più genuine e meno legate alle cortesie accademiche sono invece quelle di Tortori di cui ci pare opportuno considerare qualche argomentazione.

Il ragionamento di Delogu — afferma — non persuade: «anche ammettendo che il diritto privato disciplini i rapporti di privata

Lezioni e saggi di filosofia del diritto (a cura di G. Del Vecchio), Milano, 1949, p. 205: «... bisogna stare al concetto tradizionale del diritto privato, che si trova trasfuso nel Codice francese, e nel nostro Codice... Così sarà possibile che il concetto tradizionale del diritto privato e il Codice civile continuino ad essere la rocca ferma dell'individualismo». Filomusi è, si può dire, il rappresentante più colto e accorto dello ' stuolo dei timidi '. Di tale appartenenza reca nel suo scritto tutte le contraddizioni, anche se esse sono spesso stemperate dalla brillantezza del personaggio le cui pagine non sono paragonabili alla sciattezza degli scritti di un Delogu o di un Brugi; vediamo ad esempio come prosegue Filomusi: «e con ciò non si intende rinnegare un più ampio sviluppo della legislazione sociale, la quale procedendo dapprima per singole leggi, potrà in seguito elevarsi anche ad una sintesi, come una specie di codificazione, che stia accanto al Codice di diritto privato e con esso si armonizzi». La convinzione prevalente resta però quella che abbiamo riscontrato nelle pagine di Polacco e di Chironi: «È bene che nella legislazione di diritto privato vi sia un punto fermo che più resista ai cangiamenti, alla smania non sempre giustificata di continue mutazioni...» (p. 206). Cfr., riguardo al saggio di Filomusi, P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, 1967, pp. 133 e ss.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. G. VADALÀ PAPALE, *Diritto privato e codice privato-sociale*, cit., pp. 12 e 17. Per le critiche di G. D'AGUANNO a Delogu cfr. *La riforma integrale della legislazione civile*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, pp. 606 e ss.

utilità, non pare al Delogu che sia ragione *sociale* quella che spinge il legislatore a imporre lo scarico coattivo, l'acquedotto forzato? Non pare al Delogu che sia ragione *sociale* quella che spinge il legislatore a imporre il concorso nelle spese per la riparazione della cosa comune, la prescrizione dell'azione di rescissione del contratto di vendita per lesione enorme?» (77). In realtà, prosegue Tortori, la chiave per una riforma del diritto civile non può che essere la socialità: «come è una metafisicheria la concezione dell'uomo isolato, così è metafisicheria la concezione di un diritto privato che regoli esclusivamente gli individui *uti privati et singuli*. Oggi l'individuo non può separarsi dalla collettività» (78).

Sono proprio le leggi sociali che smentiscono, per Tortori, le semplicistiche analisi di Delogu: esse infatti fanno penetrare idee nuove nella compagine privatistica, creano «anomie» tra legge generale e legge speciale», aprono insomma un contrasto interno al diritto civile che può essere risolto solo esautorando il «vecchio diritto» e privilegiando il «nuovo» (79).

La critica allo scarso rigore teorico della rigida distinzione tra sociale e giuridico, tra pubblico e privato, la lettura dei mutamenti apportati dalle leggi sociali come specifico segno di contraddizione interna alla sistematica del Codice restano però patrimonio isolato nelle pagine degli innovatori, incapace di determinare significativi spostamenti nella considerazione scientifica degli istituti giuridici e delle ripartizioni disciplinari, incapace di indirizzare verso una contraddittoria — nel senso su visto — scelta privatistica il dibattito sulla natura giuridica delle leggi sociali. L'idea di un diritto privato tecnicamente esente da un'ampia componente sociale, interna alla sua tradizionale configurazione, e dalle influenze dirette delle leggi sociali era l'idea prevalente.

Ancora una riconferma può trovarsi nei saggi di Biagio Brugi, altro giurista stretto tra il rigoroso ossequio al sapere romanistico e il tentativo di comprensione delle dinamiche istituzionali e sociali in atto. Anche Brugi è per la riforma del diritto civile, «riforma

(77) A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, cit., p. 575.

(78) *Ibidem*, p. 592.

(79) *Ibidem*, p. 595. Cfr. *infra* nota 48.

parziale» s'intende, da realizzarsi attraverso «leggi speciali senza grandi pretese» ⁽⁸⁰⁾, inidonee a incidere sul nucleo vero del giuridico: «la vagheggiata legislazione sociale — dice — ci offrirà nuovi rapporti giuridici: ma il tipo del rapporto giuridico resterà come balzò fuori dalla intima dialettica dei giureconsulti classici» ⁽⁸¹⁾.

La divisione tra diritto privato 'puro' e leggi sociali è presente dunque anche nel pensiero di Brugi che pur crede sia possibile far seguire alla transitoria fase di frammentazione legislativa una fase, imposta e guidata dalla scienza giuridica, di riunificazione e di sintesi in un nuovo Codice. È un altro però l'aspetto che ci pare utile evidenziare anche nelle pagine di Brugi.

La riforma del Codice, a suo giudizio, non può realizzarsi subito poiché manca un aspetto essenziale: un progetto chiaro e rigoroso ed un consenso unanime su di esso da parte della scienza giuridica. Si tratta di un'affermazione solo apparentemente banale. L'enfasi nel prospettare possibili riforme è infatti posta, e non è certo il caso del solo Brugi, soprattutto sulla capacità della dottrina di farsi interprete accorta della 'coscienza popolare', di percepire le ragioni profonde del giuridico, i suoi tempi peculiari di trasformazione, il peso della sua lenta formazione storica: «volere o no — si dice a chiare lettere —, parliamo in nome della coscienza giuridica popolare, come per secoli si è manifestata mediante i giuristi, i consulenti, i decidenti italiani» ⁽⁸²⁾. E gli eredi-custodi di una tale tradizione non possono certo abbandonare istituti giuridici dalla fisionomia consolidata ai 'capricci' dei parlamentari, a scelte di politica legislativa improvvisate e contingenti. L'esaltazione della scienza giuridica e del suo millenario sapere si trasforma senza difficoltà in un non velato disprezzo per il legislatore ⁽⁸³⁾.

Non è convinzione isolata, nè di poco conto — la abbiamo vista già in Polacco e la vedremo ancora interagire con la distinzione tra

⁽⁸⁰⁾ B. BRUGI, *La riforma della nostra legislazione civile*, in *Antologia giuridica*, III, 1889, p. 194.

⁽⁸¹⁾ B. BRUGI, *I romanisti e la riforma del diritto civile*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, p. 89.

⁽⁸²⁾ B. BRUGI, *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., p. 195.

⁽⁸³⁾ Cfr. *ibidem*, p. 192: «... diciamo chiaro e tondo che essa (la parola legislatore) non è altro che una delle tante reminescenze retoriche le quali infiorano il nostro linguaggio».

giuridico e sociale, tra privato e pubblico —; è, a nostro giudizio, l'argomento che sostiene implicitamente l'opposizione della scienza giuridica a un intervento del legislatore sugli istituti privatistici e che indirizzerà l'operatività delle leggi sociali nel versante pubblicistico. Il legislatore, insomma, non conta, è impotente di fronte alla costituzione privatistica. Essa potrà essere modificata allorché i dottori, i suoi custodi, avranno raggiunto un consenso, avranno formato un 'nuovo' sistema di diritto civile. Allora si potrà avere un Pothier italiano⁽⁸⁴⁾ e un Codice rinnovato.

Brugi può accettare quindi anche il rischio di una transitoria frammentazione del diritto privato ad opera delle leggi sociali, ma resta convinto che la sua trasformazione vera sia operabile solo come nel passato: attraverso l'aggregarsi lento delle opinioni dei dottori. Del resto, anche per il futuro non sono prevedibili mutamenti radicali, ma solo, il romanista Brugi ne è certo, un «nuovo adattamento del diritto romano alla società nostra»⁽⁸⁵⁾.

III.3. I giuristi, certo, spesso richiedono una modifica del diritto sostanziale e fanno affiorare nella ricostruzione di istituti privatistici elementi innovativi, ma non riescono a negare i confini tradizionali, a 'turbare' — potremmo dire capovolgendo la fortunata espressione di Chironi⁽⁸⁶⁾ — il giuridico con il sociale, non riescono a utilizzare il dibattito sulle nuove norme per proporre una ristrutturazione, o uno sconvolgimento, nella sistematica degli istituti, a indirizzare i progetti verso una trasformazione tecnica del diritto civile.

Ne è un esempio lo scritto di Guido Fusinato del 1887 sul tema

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*, p. 202: «Soltanto dopo la formazione di un solido sistema di diritto civile italiano potrà esservi qualche autore cui toccherà la sorte di essere per le nostre future commissioni legislative ciò che fu Pothier per le francesi».

⁽⁸⁵⁾ B. BRUGI, *La guerra al diritto romano*, in *La scienza del diritto privato*, II, 1894, p. 462: Gli innovatori radicali e i critici del diritto romano ricordano a Brugi «i sacerdoti del diritto naturale» e il loro «culto di una religione universale che poi variava da cervello a cervello di filosofo»; accadde allora — prosegue Brugi — che «sfumato il delirio metafisico, ne venne fuori un nuovo adattamento del diritto romano alla società nostra».

⁽⁸⁶⁾ L'espressione fu una delle più citate nel dibattito sulle leggi sociali.

de «gli infortuni sul lavoro e il diritto civile» (87) a cui occorrerà dedicare una qualche attenzione.

Partendo dal tema 'speciale' più discusso, l'autore giunge a porre in discussione l'intera struttura del contratto di lavoro e fa emergere una possibile nuova configurazione della responsabilità civile. Ma la sua tesi è piena di troppe incertezze e lo stesso autore alla fine indirizza, per il perdurare di antiche convinzioni più che per 'timidezza', gli effetti innovatori della sua teoria esclusivamente nel diritto pubblico, riconfermando così la difesa della purezza privatistica, l'esigenza di mantenerla al riparo dal sempre più difficile confronto con le trasformazioni della società industriale.

Lo scritto indica il punto più avanzato del dibattito privatistico sul tema degli infortuni e, nello stesso tempo, una svolta: l'abbandono dei tentativi volti a dare una soluzione di diritto privato al problema. Quest'ultima scelta — conforme all'indirizzo sotteso alle distinzioni sopra considerate — è già contenuta nello scritto di Fusinato e sarà esplicitata nel dibattito successivo, allorché si preferirà leggere la teoria ivi contenuta — quella del rischio professionale — fuori dai criteri della responsabilità civile, senza affrontare le antinomie presenti nel rapporto tra la soluzione 'speciale' data al tema degli infortuni e le norme 'comuni' della responsabilità per colpa.

Fusinato è estremamente critico nei confronti delle soluzioni privatistiche sino ad allora avanzate sul tema: si oppone alla teoria dell'inversione dell'onere della prova — che introduceva, a suo giudizio una ingiustificata deroga ai principi del diritto comune —, alla teoria della responsabilità contrattuale del datore di lavoro — poiché il contratto non è di per sé sufficiente a fondare la domanda dell'operaio — e ad una interpretazione estensiva dei principi della colpa extracontrattuale — ingiustificabile secondo la lettera della legge — (88). *La pars destruens*, fondata su una rigorosa analisi di

(87) G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, Torino, 1887, poi inserito in G. FUSINATO, *Scritti giuridici*, vol. II, Torino, 1921, pp. 27 e ss. (citeremo da questa edizione).

(88) Con la teoria dell'inversione dell'onere della prova si affermava che — in deroga al principio per cui *actores incumbit probatio* della responsabilità extracontrattuale — il convenuto doveva provare che il fatto era avvenuto per una negligenza imputabile solo al danneggiato, per caso fortuito o per forza maggiore. Molti ritenevano che la modi-

diritto positivo, si articola seguendo senza alcuna innovazione la scia delle critiche avanzate per negare le interpretazioni civilistiche che avevano tentato di risolvere il problema degli infortuni superando i rigorosi termini posti dagli articoli 1151 e seguenti del Codice civile. Più interessante, invece, è la *pars costruens*.

Una soluzione del problema, per Fusinato, si può avere solo modificando le norme che regolano il contratto di 'locazione di opere'. È qui che occorre intervenire, qui dove il legislatore, pur prodigo riguardo a contratti di minore importanza «di minuziose disposizioni di ogni genere», ha osservato soltanto «dispregio» e «silenzio». Un settore in cui «lo stato del diritto non ha fatto un solo progresso dal diritto romano ad oggi»⁽⁸⁹⁾, mentre la realtà sociale mostra l'effettività di un contratto che è «un prodotto nuovo dello svolgimento economico, politico e giuridico dei nostri tempi», evidenzia, nelle sempre più marcate disuguaglianze delle posizioni soggettive, l'incosistenza del mito del «libero contratto»⁽⁹⁰⁾ e delinea un «nuovo periodo» avente come dato saliente l'immissione nel rapporto contrattuale «di un contenuto *obbligatorio* ... indipendente dalla volontà delle parti»⁽⁹¹⁾. È in quest'ottica che l'autore ricerca la normativa relativa alla questione della responsabilità per infortuni.

Il problema va risolto quindi *nel* diritto civile, attraverso un intervento legislativo volto a trasformare, in funzione della realtà sociale, istituti giuridici non più corrispondenti alla «progredita coscienza giuridica» di cui il giureconsulto — «che non creda

ficazione processuale lasciasse del tutto invariato il diritto sostanziale. Tra i primi sostenitori, da un punto di vista dottrinale, della teoria in Italia vi fu Francesco Schupfer (cfr. *infra* nota 108). Sulla teoria della responsabilità contrattuale cfr. *infra* V.1.

⁽⁸⁹⁾ G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, cit., p. 31.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, pp. 67 e 68: «... l'operaio, da solo, come nel contratto si raffigura, è posto, per effetto delle condizioni economiche attuali, di cui il contratto di locazione d'opera non è che la manifestazione legislativa, nella impossibilità di fatto di far uso di quel libero volere che è condizione essenziale per la validità del contratto, e che la legge teoricamente gli attribuisce».

⁽⁹¹⁾ «... non cioè come norma suppletiva alla volontà tacita delle parti, tali quindi che la volontà espressa vi possa derogare, ma come disposizioni assolute di legge». *Ibidem*, p. 69. Insufficienti erano per Fusinato le proposte di Glasson secondo il quale la nuova normativa avrebbe dovuto avere carattere dispositivo. Cfr. E. GLASSON, *Le Code Civil et la question ouvrière*, Paris, 1886.

esaurita l'opera sua nello stretto recinto della interpretazione dei Codici»⁽⁹²⁾ — si fa interprete.

In che senso allora, si dirà, l'analisi di Fusinato conferma la difesa della costituzione privatistica ed indirizza il dibattito *fuori* dal diritto civile?

Una prima risposta può essere data guardando non al testo in esame ma alla utilizzazione fattane successivamente: essa fu completamente finalizzata a giustificare — è il caso di Ferraris — lo strumento 'esclusivamente' pubblicistico dell'assicurazione obbligatoria. Tale scelta, però, ci pare sia, in qualche modo, già contenuta nello scritto di Fusinato che pur dice di voler risolvere la questione nel solo terreno privatistico. È, potremmo dire, la stessa soluzione civilistica eterodossa ad indirizzare il dibattito sulla via pubblicistica.

Per chiarire la vicenda è utile illustrare la tesi del nostro autore.

Potrà aversi una tutela efficace degli operai colpiti da infortunio, solo «creando obblighi di risarcimento anche quando non esiste la colpa»: è questo l'assunto base su cui si fonda l'analisi di Fusinato. Occorre — prosegue — «una dottrina, la quale escluda quanto più è possibile dalla controversia giuridica la questione della ricerca della colpa, fondando sopra un altro concetto l'obbligo del risarcimento»⁽⁹³⁾. Tale impostazione spinge il Nostro a porre al centro della sua analisi soprattutto gli infortuni originati da un evento diverso e dalla colpa dell'operaio e da quella dell'imprenditore: il caso fortuito⁽⁹⁴⁾, dunque, l'ipotesi tanto frequente in cui, stante al Codice del 1865, non si poteva accordare alcun risarcimento all'operaio infortunato.

Fusinato sostiene che l'impossibilità di risolvere tale ipotesi mediante il diritto privato è solo apparente. Sta qui la parte più

⁽⁹²⁾ G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, cit., p. 99.

⁽⁹³⁾ *Ibidem*, p. 71.

⁽⁹⁴⁾ Fusinato si ispira ampiamente alla teoria di A. Exner volta a distinguere nettamente il caso fortuito dalla forza maggiore: con la *vis maior* si verifica un avvenimento estraneo all'industria, un avvenimento che 'sorpassa i casi della vita normale'. Solo in questa ipotesi si può escludere ogni responsabilità dell'industriale; il caso fortuito, invece, non elimina, secondo la teoria del rischio professionale, l'obbligo di risarcire i danni. Per una critica della distinzione tra caso fortuito e forza maggiore cfr. V. POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., pp. 338 e ss.

interessante della sua teoria. Non si può, dice, ritenere il principio *casus a nullo praestantur* senza eccezioni: spesso, infatti, occorre, per concrete ragioni di giustizia, temperarne la rigida applicazione. Basti pensare, del resto, ad alcune regole del diritto germanico, oppure alla disposizione del Codice, in tema di mandato, che stabilisce, derogando alla teoria romanistica, l'obbligo del mandante di tener indenne il mandatario d'ogni danno da questi sofferto anche nel caso in cui non gli si possa imputare alcuna colpa⁽⁹⁵⁾. Una soluzione al problema degli infortuni può essere ottenuta, conclude Fusinato, proprio effettuando «una logica estensione» di quest'ultimo principio «alla locazione di opere, dove si ripete, nelle medesime circostanze, la medesima posizione giuridica», la presenza di un soggetto agente «nell'interesse dell'altro»⁽⁹⁶⁾.

Alla stessa richiesta di modifica del diritto sostanziale si può giungere osservando, d'altra parte, la nuova realtà economica e la situazione dell'operaio in fabbrica. L'industria, infatti, «racchiude una causa perenne di pericolo»: gli infortuni, considerati nel loro complesso, non sono degli «imprevedibili avvenimenti», ma «accessori inevitabili» del lavoro in fabbrica, tanto che «regolarmente si riproducono». L'onere di questi incidenti quindi deve gravare sulla stessa industria⁽⁹⁷⁾. Tesi che l'autore si preoccupa di riconfermare osservando la posizione dell'operaio di fronte agli «strumenti del suo lavoro»: l'operaio è «un accessorio», «una dipendenza» delle macchine, «associato ai movimenti della macchina ... diventa un organo di questa»⁽⁹⁸⁾.

Sia pure nell'ambito di un discorso *de jure condendo*, la separatezza della scienza giuridica dalle trasformazioni in corso pare

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*, p. 75 (l'articolo cui si fa riferimento è il 1754).

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*, p. 76.

⁽⁹⁷⁾ G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, cit., pp. 77 e ss. Queste argomentazioni furono poi ampiamente utilizzate nel dibattito successivo. Cfr. per tutti T. BRUNO, *Infortunio sul lavoro*, in *Il digesto italiano*, XIII, I, 1904, pp. 782 e ss.

⁽⁹⁸⁾ G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, p. 78: «Eguale come il padrone sopporta i danni alla macchina che si guasta, deve sopportare e riparare quelli dell'operaio che sul lavoro è colpito da infortunio». Non ci interessa, giova ripeterlo, il grado di originalità della tesi di Fusinato — ampiamente tributaria di contributi scientifici d'oltralpe — bensì solo l'immissione di tale approccio nel dibattito italiano e le contraddizioni che esso genera nel discorso del giurista.

spezzarsi: il giurista considera senza reticenze il sociale ed il giuridico, guarda nelle fabbriche e smitizza dogmi inapplicabili alla nuova realtà, rielabora giuridicamente — con uno strumentario, se si vuole, ancora grezzo — le situazioni di fatto di fronte a cui troppo a lungo il diritto civile aveva taciuto.

Qualora notassimo solo questo aspetto, la nostra lettura del testo di Fusinato sarebbe però monca e non riusciremmo a comprendere i suoi esiti extraprivatistici. Veniamo quindi al punto che ci interessa: perché tale teoria si sviluppò lontano dal diritto civile? In primo luogo, è da rilevare che il discorso di Fusinato è pensato come un ' contributo al legislatore ', come richiesta di un' indispensabile «risoluzione legislativa» (99). Il nostro autore non intende forzare a livello interpretativo la lettura di alcuna norma del Codice, non intende risolvere i nuovi conflitti attraverso una elasticizzazione degli antichi princìpi — un sistema che, come vedremo, sarà ampiamente usato da Barassi —, né, tanto meno, far riferimento nel giuridico a dati economici e sociali. Anzi, ciò che più colpisce di questo studio è il contrasto tra un'analisi in alcuni punti estremamente spregiudicata delle relazioni lavoristiche ed il permanere delle antiche certezze. «Primo compito del giureconsulto — si afferma — è quello di studiare l'argomento esclusivamente dal punto di vista giuridico, e al di fuori di ogni preoccupazione estranea. Faccia altrettanto dal canto suo l'economista» (100). Una scelta per una divisione radicale, utilizzata come cardine del discorso — così come aveva fatto Chironi — per negare le deroghe ai princìpi di diritto comune insite negli argomenti ' sociali ' dei fautori dell'inversione dell'onere della prova, per distinguere tra un intervento dello Stato «a pro delle classi sofferenti», a tutela della «condizione tristissima degli operai colpiti dall'infortunio», e la questione giuridica (101).

Le «considerazioni sociali», insomma, si presentano sempre come parte di una dimensione «indipendente» da quella giuridica che «per la sua natura» non può offrire soluzioni: «non si presta mai infatti a giustificare l'intervento del legislatore in un rapporto

(99) *Ibidem*, p. 95.

(100) *Ivi*.

(101) *Ibidem*, p. 47.

giuridico con lo scopo di avvantaggiare uno dei contraenti a scapito dell'altro, per la considerazione che il primo è povero e il secondo è ricco» (102).

Non solo: accanto alle incertezze testè descritte occorre aggiungere un'altra più squisitamente tecnica, forse meno appariscente, ma non per questo meno radicata nelle convinzioni del nostro autore. Vediamo subito di cosa si tratta. Fusinato individua sostanzialmente due casi di «obbligo di risarcimento» per ' il padrone ': il primo, originato da una sua colpa; il secondo, dal caso fortuito — sono escluse le ipotesi di forza maggiore —. Ci preme notare soprattutto un aspetto: l'attenzione con cui si cerca di non ricondurre il secondo versante entro i confini del termine responsabilità. Il caso fortuito produce, sì, l'obbligo di risarcire i danni, ma non genera responsabilità; il principio del rischio, in altri termini, non attiene alla responsabilità. Lasciamo però la parola a Fusinato che è estremamente chiaro sul punto: l'obbligazione del datore di lavoro al risarcimento del danno si presenta «sotto due forme diverse: per una categoria di fatti come responsabilità regolata dalle norme di diritto comune, e la quale sta a carico del padrone come causa colpevole dell'infortunio; per l'altra come un obbligo di risarcimento derivante al padrone non già per *responsabilità, che è concetto correlativo di colpa*, mentre qui viene escluso ogni concetto di colpa, effettiva, finta o presunta, ma per la qualità che esso riveste di capo dell'intrapresa industriale» (103). La configurazione classica della responsabilità non è, quindi, posta in discussione.

L'argomento è, pochi anni dopo, così sviluppato da Ferraris: l'imprenditore in base alla teoria del rischio è ' colpevole ' per il solo fatto di essere imprenditore, è «inevitabilmente, permanentemente, perennemente in colpa civile», ma proprio per questo, conclude, non più di vera colpa si tratta, non più di responsabilità, non più, insomma, di diritto civile (104). I termini sono capovolti, ma il pensiero sviluppa coerentemente le affermazioni di Fusinato, ne trae tutte le conseguenze, estremizza la soluzione eterodossa per giungere ad un unico risultato pratico — ancora determinato dal

(102) *Ivi*.

(103) *Ibidem*, p. 85.

(104) Per la posizione di Ferraris cfr. *infra* IV.1., in particolare nota 117.

principio dell'immutabilità della figura civilistica della responsabilità —: l'abbandono del diritto privato, la soluzione del problema degli infortuni *fuori* dal diritto e dalla responsabilità civile.

Ma ritorniamo, per concludere, a Fusinato. Egli pone le premesse teoriche per affermare una responsabilità senza colpa, con la possibilità di attribuire, con dei criteri civilistici, anche il caso fortuito al datore di lavoro, ma poi nega lo stesso punto di partenza del suo discorso, concordando sostanzialmente con quanti affermavano che la nuova realtà sociale non poteva e non doveva modificare gli istituti privatistici. La soluzione delle 'anomalie' introdotte dal 'caso infortuni' nel diritto comune si potrà avere allora solo abbandonando le soluzioni di diritto privato, proponendo il ricorso all'assicurazione obbligatoria e al sempre più ampio intervento dell'amministrazione. La logica del diritto privato resta, alla fine, immutata.

Ritorniamo in seguito sul tema della soluzione pubblicistica data al tema degli infortuni. Quello che qui ci preme sottolineare è che tale scelta era senz'altro la più condivisibile da parte di una cultura giuridica che assumeva, spesso solo implicitamente, a suo fondamento la difesa della costituzione privatistica e quella dei tempi differenziati di trasformazione del giuridico (giova ancora ripetere: il nucleo vero del giuridico, quello privatistico).

L'approdo dei dibattiti giuridici sui temi delle leggi sociali a 'transitorie' soluzioni di diritto pubblico, l'affermazione di una non incidenza di tale versante su quello privatistico e la mancata riforma del diritto privato rappresentavano il frutto di tali convinzioni dominanti che, spesso, condizionavano la stessa analisi dei giuristi che pur intendevano affrontare senza reticenze i temi posti dall'industrializzazione.

Quest'ultimo è il caso di Fusinato che, nonostante la sua ricostruzione ardita, non riesce ad essere in nessun modo iconoclasta ⁽¹⁰⁵⁾: semplifica così i contrasti legati all'industrializzazione, oppone alle interpretazioni 'alternative' del diritto positivo una lettura spesso esegetica della legge; richiede, sì, una trasformazione del diritto civile, ma sostanzialmente opta per l'intervento sociale

⁽¹⁰⁵⁾ È quanto reclamava Giuseppe Salvio: «Bisogna essere radicali anche a costo di sembrare iconoclasti» (*I difetti sociali*, cit., p. 41).

dello Stato da valutare fuori dall'ambito giuridico privatistico. Le certezze del diritto privato preindustriale depotenziano dall'interno lo schema innovatore e lo spingono a ricercare soluzioni staccate dalla logica dei principi di diritto comune, lo spingono verso una inevitabile soluzione pubblicistica dei nuovi problemi.

La tesi della separazione tra un intervento speciale sulla società e le regole ' vere ' del diritto riemerge quindi con forza nel discorso del giurista ed emerge la divisione, insuperabile anche in uno scritto che potrebbe permettersi il lusso di ignorarla, tra leggi special-sociali e diritto comune, tra questione sociale e giuridica. Ci pare ancora un segno della operatività degli schemi ' divisori ' della cultura giuridica dominante e della incapacità di abbandonare del tutto dogmi consolidati e di approntare, senza pregiudizi, strumenti tecnici di tutela per le situazioni di disuguaglianza sostanziale sempre più contrastanti, ora anche nello stesso discorso del giurista, con le relazioni di diritto uguale.

Questi poche cenni all'opera dei giuristi mostrano, certo, a tratti una scienza ' immobile ', incapace di trasformarsi, convinta dalla indiscutibilità del proprio sapere millenario, ma accreditano soprattutto l'immagine di una cultura giuridica diffidente verso un adeguamento del diritto civile ai nuovi problemi sociali dovuto agli interventi settoriali del legislatore. Anche i fautori delle distinzioni classiche non negano che esistano dei punti fragili del sistema tradizionale, parti in cui il rispetto del rigore o del silenzio delle ' norme antiche ' produce solo ingiustizia, ma la loro formazione li spinge anche in questi settori a sostenere come strumento di modificazione del diritto civile più l'analisi dei pochi ' frammenti ', adattabili alla nuova situazione, di un sapere consolidatisi in duemila anni che i superficiali interventi del legislatore e la piatta ripetizione negli studi giuridici di teorie e formule della scienza economica e della sociologia ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ I giuristi non si accontentavano, a ragione, di queste analisi. Basti pensare alla superficialità dei tanti scritti di carattere generale sulla legislazione sociale ispirati dall'idea di trasporre in linguaggio giuridico le acquisizioni dell'economia politica e delle sociologia. Lo scritto di Aldo Contento, ad esempio, — incomprensibilmente citato da Mayer Maly (*Arbeitsrecht*, cit., p. 3637), assieme ad uno scrittarello di un altro economista

L'esplicito ricorso alle distinzioni, e spesso l'involontaria caduta in esse da parte di autori che paiono liberarsene, mira a instaurare un'incidenza differenziata del sociale sul giuridico, un filtro, ulteriore a quello legislativo, all'assunzione dei fatti e dei nuovi soggetti a fattispecie giuridiche e a nuovi soggetti di diritto. Un filtro rappresentato dal sapere dei giureconsulti.

Le rigorose distinzioni servono ad affermare la peculiarità della scienza giuridica; l'irrinunciabilità al diritto romano — anche in settori soffocati dalla presenza ingombrante delle sue rigide forme — ribadisce ancora l'autonomia di tale scienza in anni in cui l'accrescersi delle relazioni sociali e il 'complicarsi' dei soggetti la pongono di fronte a scelte decisive.

Ciò è valido, a nostro giudizio, anche per il settore giuslavoristico la cui formazione pur esigeva un pregiudiziale rifiuto delle distinzioni e un consapevole distacco dalla scarna disciplina roma-

Edoardo Giretti (*Sull'intervento dello Stato nel contratto di lavoro*, Torino, 1894), come espressivo della «Entstheung eines Identitätsbewußtseins» della disciplina giuslavoristica in Italia — è una riproposizione acritica nel giuridico della tesi degli economisti: la critica alla libertà contrattuale risoltasi «in potere maggiore accordato ai capitalisti di abusare delle misere condizioni degli operai» è incapace di superare lo stadio della denuncia per trasformarsi in strumento concreto di analisi giuridica delle norme della legislazione sociale italiana di fine secolo (A. CONTENTO, *La legislazione operaia. Origini, sviluppo, stato attuale*, Torino, 1901, pp. 18 e ss.). Oppure si pensi all'introduzione di Bassano Gabba ad una raccolta di leggi dell'ambizioso titolo, *Trent'anni di legislazione sociale* (Torino, 1901). Le pagine di Bassano Gabba sono una sorta di massimario — come sostenne anni dopo Francesco Arcè (*Legislazione sociale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V. E. Orlando, vol. VI, I, Milano, 1930, p. 29) — della «scuola sociologico-organicistica-solidarista» teso a desumere 'conseguenze pratiche' nel campo del diritto dai principi della sociologia. Il diritto deve — dice Bassano Gabba — adattarsi ai fondamentali principi della moderna sociologia per rispondere «allo stato della coscienza sociale»: «se pertanto la coscienza sociale oggigiorno è tutta informata alla nozione organica e al bisogno di solidarietà anche il diritto deve adattarsi a queste intonazione. Di qui deriva un nuovo concetto fondamentale di diritto che si impone ai legislatori»: «non... più la uniformità ma la specialità..., non più la legge di uguaglianza ma di proporzione», «il diritto-integrazione all'opposto del diritto-indifferenza» (pp. 15, 16 e 17). Un nuovo diritto solidaristico che è, naturalmente, in via di inevitabile realizzazione nelle leggi sociali: «Dai sommi vertici della gerarchia sociale al remoto, tranquillo gabinetto dello studioso, la parola riforma e quella di solidarietà vibrano, inseguendosi instancabilmente per tutti i meati della vita sociale. I legislatori trepidanti (*sic*) al proposito di sconvolgere il jus tradizionale, in leggi speciali si studiano di assecondare il movimento e consacrano le reclamate novità» (pp. 24 e 25).

nistica. Non a caso — come vedremo — la ricostruzione più accorta del contratto di lavoro, quella di Ludovico Barassi, ha a suo fondamento essenziale e il diritto romano e la rigida distinzione tra giuridico e sociale.

In questo quadro, due linee direttrici caratterizzarono i riferimenti della scienza giuridica alle leggi sociali. La prima, che potremmo definire ‘ difensiva ’, mirava a espellere dal diritto civile i settori in cui si affermava l'intervento speciale, ‘ pubblicistico ’, dello Stato e intendeva in tal modo conservare la ‘ purezza ’ e l'autonomia del diritto privato. L'altra, che potremmo dire ‘ offensiva ’, perseguiva gli stessi fini, non più però attraverso il progressivo restringimento dell'area privatistica, bensì attraverso una espansione delle normative tradizionali alla nuova realtà.

In quest'ultimo caso si giungeva al sociale non mediante il comando legislativo, ma in virtù, diciamo così, di un moto espansivo proprio delle norme classiche. Si guardava quindi non al legislatore ma alla capacità della scienza giuridica di far fronte all'impatto dei mutamenti sociali accelerati coi suoi soli strumenti.

La prima direttrice fu quella che più influenzò l'analisi della natura giuridica della legislazione sociale ⁽¹⁰⁷⁾; la seconda negò una emarginazione del diritto privato in uno spazio sempre più limitato e riaffermò la sua capacità di lettura anche nei confronti dei nuovi dati presenti nell'ordinamento. È soprattutto in quest'ambito che si inquadra la nascita della scienza giuslavoristica ⁽¹⁰⁸⁾.

Entrambe le direttrici tendono a ‘ liberarsi ’ dalle leggi sociali, dall'intervento dello Stato, per ristabilire una ‘ limpidezza ’ del discorso giuridico, capace di comprendere e di analizzare ‘ da solo ’ le relazioni individuali e sociali. Entrambe però necessitano dell'intervento ‘ speciale ’ come strumento riordinante una realtà sociale sempre più difficilmente collocabile nelle forme della costituzione privatistica ⁽¹⁰⁹⁾.

IV. I giuristi non riescono quindi ad affrontare i nuovi problemi sociali posti dall'industrializzazione senza far prevalere

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. *infra*, paragrafo IV.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. *infra*, paragrafo V.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. *infra*, paragrafo VI.

nei loro schemi argomentativi una serie di distinzioni fondate, in parte sui confini disciplinari esterni della scienza giuridica — quelli con l'economia e la sociologia — e, in parte, su classificazioni interne alla stessa area giuridica. La regolamentazione speciale delle nuove relazioni sociali data dal legislatore — questo affermavano precipuamente tali distinzioni — non è un oggetto di studio del privatista o, se lo è, va considerata come un dato a produttività giuridica limitata: limitata cioè ai margini del sistema tradizionale espresso dai Codici e dal diritto romano.

A partire dalla fine degli anni Ottanta, tali distinzioni possono essere colte soprattutto osservando la dialettica tra pubblico-privato che, malgrado il complicarsi della realtà istituzionale, riconferma gli schemi 'dicotomici'.

Intendiamo far riferimento al mutamento di indirizzo avutosi in questi anni nella politica delle leggi sociali, all'avvento della fase dei progetti che, ispirandosi alla legislazione tedesca degli anni Ottanta, mirano a introdurre il sistema dell'assicurazione obbligatoria.

Il passaggio a questa fase del dibattito e la sua evoluzione segnano, nella nostra ottica, più che il frutto di una precisa scelta di politica legislativa della classe dirigente liberale, una vittoria dei giuristi, di quelli che avevano puntato sulla distinzione, sulla separazione e non sulla 'confusione', di quelli che avevano optato per una rigorosa indipendenza del diritto privato.

Il dibattito degli anni Ottanta aveva mostrato infatti che una soluzione endociviltistica del problema più discusso, quello della responsabilità degli imprenditori per gli infortuni sul lavoro, era irraggiungibile se non si aveva la forza di porre in crisi alcuni principi fondamentali del sistema codicistico e di riconoscere l'esistenza di uno squilibrio (sociale) tra le parti contraenti 'uguali' ⁽¹¹⁰⁾. Lo scritto di Fusinato cui abbiamo fatto riferimento

⁽¹¹⁰⁾ Il problema rappresenta il nodo più grosso affrontato nel dibattito parlamentare sul progetto Berti per l'inversione dell'onere della prova. Cfr., ad esempio, l'intervento di Picardi (*Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni, Legislatura XV, I. sessione, tornata del 16 maggio*) che, dopo aver ribadito che nel diritto comune vi sono «principi immodificabili» — tra cui quello per cui la colpa non si presume —, afferma che al legislatore non spetta il compito di andare alla ricerca dei deboli per farne una classe da proteggere: «una simile analisi sconvolgerebbe tutto il nostro diritto

segnava con le sue ambiguità i limiti intrinseci alla ricerca dei giuristi più attenti alle tematiche sociali. Il dibattito parlamentare e la realizzazione istituzionale della legge sugli infortuni mostrano, in un itinerario analogo, l'impossibilità di una riforma civilistica e l'ammissibilità di un ampio spazio di intervento legislativo solo nella sfera del diritto pubblico.

privato; il quale ci dice con formula eminentemente democratica che dinanzi alla legge gli uomini capaci sono tutti uguali».

Nel dibattito giuridico sull'inversione dell'onere della prova era stato soprattutto Francesco Schupfer a richiedere, in nome dei «superiori principi di uguaglianza», «il favore» per le classi lavoratrici dell'onere della prova (*La responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, Roma 1883). «L'uguaglianza formale — sostiene Schupfer — deve trovare il suo completamento nella uguaglianza materiale... Le condizioni disuguali esigono anche un trattamento disuguale» (p. 25). Per ristabilire l'equilibrio è sufficiente, a parere di Schupfer, una trasformazione nel solo diritto processuale; un diritto cioè i cui «principi sono eminentemente relativi» e che nel corso della storia — come lo stesso autore abilmente mostra — non è stato mai considerato come assoluto ed immodificabile. L'eliminazione, quindi, della «difficoltà della prova» (pp. 17 e ss.) e delle «lungaggini del processo» — Schupfer condivide pienamente le norme del progetto Berti che disponevano una procedura in via sommaria e d'urgenza e l'eseguitività provvisoria, nonostante opposizione od appello, della sentenza — avrebbero così dato piena ed uguale attuazione al diritto sostanziale.

La disponibilità di Schupfer a 'flettere' le norme processuali in relazione ai concreti bisogni non trova alcuna corrispondenza nel campo del diritto sostanziale. Qui il nostro giurista non riesce a svincolarsi da una manichea distinzione tra norme evolute e 'barbare', tra romano e non romano: il restringersi della responsabilità alla sola imputabilità per colpa è presentato come una conquista di civiltà rispetto alla «massima dell'antico diritto barbarico» per cui l'individuo doveva rispondere a tutto quanto era in relazione causale con la sua persona. Riecheggiando Jhering — facciamo riferimento ovviamente al saggio *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (1867), in *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879, pp. 155 e ss. — afferma che non si può sul punto «andare a ritroso» rispetto alle conquiste romanistiche. In base a tale assunto, nega decisamente la possibilità di riconoscere nel caso degli infortuni una responsabilità allargata sino al caso fortuito o, addirittura, sino alle ipotesi di colpa dello stesso danneggiato. Le 'immutabilità' negate nell'elastico campo del diritto processuale riemergono in riferimento al diritto sostanziale; qui una teoria diversa da quella romanistica non può aversi «senza sconvolgere i principi che regolano la materia della umana responsabilità» (p. 15). Preoccupazioni queste evidenti in maniera più grossolana nelle pagine di un altro fautore del principio dell'inversione: E. VIDARI, *La legislazione sociale in Italia*, in *Monitore dei tribunali*, XXVII, 1886, pp. 1045 e ss.; e soprattutto E. VIDARI, *A proposito di alcuni progetti di legge sugli infortuni del lavoro*, in *Rendiconti del R. istituto lombardo di scienze e lettere*, serie II, vol. XXVIII, 1895, pp. 4 e ss. dell'estratto.

IV.1. La discussione parlamentare — del maggio 1885 alla Camera e dell'aprile 1886 al Senato sul progetto Berti per l'inversione dell'onere della prova nei casi di infortunio sul lavoro — segnò il momento più netto di contrapposizione tra i fautori di una soluzione della questione sociale che non si arrestasse dinanzi all'intangibilità del Codice e i difensori della costituzione privatistica irrimediabile ad opera del legislatore.

Il dibattito parlamentare ricalcò fedelmente quello giuridico. Grimaldi — succeduto a Berti al Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio — rivendicò le ragioni del legislatore a provvedere agli interessi sociali «sia col Codice... sia anche senza e contro il Codice» che non doveva essere considerato, in questioni giuridiche e sociali nello stesso tempo, un «ostacolo insormontabile» ⁽¹¹¹⁾. Il deputato calabrese Bruno Chimirri, relatore della Commissione, fu invece il portavoce più accorto dei fautori delle distinzioni: «a me sembra — afferma — che una cosiffatta mistura dell'elemento giuridico e dell'elemento sociale, in materia attinente al diritto privato, costituisca un vero e serio pericolo» ⁽¹¹²⁾. Intorno a questo

⁽¹¹¹⁾ *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni, Leg. XVI, I sessione, tornata del 18 maggio.* «... in argomenti di simil genere non si può scindere il criterio giuridico del sociale; e tutti gli errori nascono dal voler separare questi due concetti che sono inscindibili» (p. 13783). «Noi siamo legislatori, e dobbiamo vedere soltanto se esistono e meritano protezione quegli interessi a cui vogliamo provvedere. Queste sono le ricerche che dobbiamo fare, non altre. Per me questa figura di Codice rigida, impettita, che cammina in mezzo alle genti senza tener conto dei lamenti di alcuno, restia a qualunque querela, restia a qualunque interesse, io questa figura non l'intendo» (p. 13795). Del resto, proseguiva il Ministro, lanciandosi in ardite analogie, il Codice protegge tante specie di debolezza — minori, donne, incapaci, prodighi —, deve proteggere quindi anche la debolezza degli operai. Cfr. per argomentazioni simili M. AMAR, *Studi di diritto industriale*, cit., nella parte in cui (pp. 467 e ss.) critica la divisione di Chironi tra giuridico e sociale.

⁽¹¹²⁾ *Atti parlamentari*, ult. loc. cit., p. 13798. Cfr. inoltre la relazione della Commissione — era relatore lo stesso Bruno Chimirri — per le critiche ivi contenute al principio dell'inversione: «non è giustificato dalla ragione giuridica, perchè la responsabilità civile, involgendo questioni di *tuo* e di *mio* non può determinarsi per criteri subbiettivi attinenti alla condizione sociale dell'offeso, ma deve sottostare alle norme del diritto comune, che regolano obiettivamente tutta la materia dei quasi delitti. Ogni deviazione da queste norme costituirebbe un privilegio a favore di una classe con detrimento dell'altra» (*Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti, Leg. XV, I sessione, Doc. 73 A*).

nodo la discussione continuò a svilupparsi anche al Senato, ove le resistenze al progetto furono vincenti ⁽¹¹³⁾.

È Chimirri che, illustrando alla Camera la sua posizione, individua la linea che il dibattito avrebbe seguito negli anni successivi, mostrando anche con chiarezza il perché del favore di tanta parte della classe dirigente italiana per una soluzione 'alla tedesca' dei problemi posti dalle leggi sociali.

Il contenuto del diritto privato — dice Chimirri — non può essere confuso con quello del diritto pubblico. Una confusione si può avere sia assorbendo parti del 'privato' nel 'pubblico' — e si dà luogo al socialismo di Stato —, sia introducendo nel diritto privato i criteri e il contenuto del diritto pubblico. La più pericolosa delle due forme è senz'altro la seconda: essa mira infatti non a una «limitazione della libertà e del patrimonio individuale a profitto della collettività», bensì alla «violazione del diritto privato a favore de' singoli», alla costituzione del «più funesto dei socialismi», quello in grado di sconvolgere il diritto civile. La prima forma invece, quella del socialismo di Stato, è contraria, certo, all'iniziativa privata, ma non «ripugna ai fini dello Stato» poichè non è altro che «l'esagerazione dell'ufficio suo» ⁽¹¹⁴⁾.

Tra i due mali la scelta doveva ricadere su quello minore, quello meno a contatto con i principi del Codice posti a «fondamento del vivere civile» e, quindi, della proprietà che non doveva essere «esposta ai venti della politica ed all'arbitrio della maggioranza» ⁽¹¹⁵⁾.

La posizione è schematica e le temute conseguenze dell'intrusione del principio dell'inversione dell'onere della prova sono sicuramente sovrabbondanti rispetto alla proposta che era fatta oggetto di dibattito. L'intervento però riproduce fedelmente le convinzioni che abbiamo riscontrato nella pagine dei giuristi: l'intangibilità della costituzione privatistica è salvaguardata, seb-

⁽¹¹³⁾ Alla Camera il progetto era stato approvato con uno scarto di pochissimi voti. Sull'iter parlamentare del progetto si cfr. G. MONTELEONE, *La legislazione sociale al Parlamento. Gli infortuni sul lavoro*, cit.

⁽¹¹⁴⁾ *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, Leg. XVI, I sessione, tornata del 18 maggio, p. 13798.

⁽¹¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 13804.

bene questa si restringa: rinuncia infatti a favore del diritto pubblico ad alcuni àmbiti che prima erano di sua competenza. Le repentine modificazioni, l'introduzione di nuovi princìpi, possono realizzarsi nella sfera pubblicistica, mentre il diritto privato continua il suo corso 'cauto e lento' lontano dai possibili arbitri del legislatore.

Il dilemma, ancora una volta, non sta nella scelta tra intervento o non intervento dello Stato, ma riguarda il grado di incidenza di esso sul diritto privato. Da questo punto di vista, l'intransigenza dei giuristi e dei deputati nel respingere la norma sull'inversione non rappresenta una sterile questione di principio, quanto piuttosto la ricerca della salvaguardia del complessivo assetto politico-giuridico dello Stato liberale. La scelta a favore di un intervento legislativo esclusivamente operante nel diritto pubblico impedisce di affrontare direttamente il problema più temuto, quello dello scontro tra le nuove esigenze sociali e i princìpi 'duri' della costituzione privatistica.

Il modello pubblicistico dell'assicurazione obbligatoria fu così recepito nel campo degli infortuni come 'meno ripugnante' dei progetti volti a modificare mediante artifici tecnici l'istituto della responsabilità civile. I progetti presentati sull'argomento a partire dal 1890 riflettono questa scelta tendente a staccare il dibattito privatistico sul tema della responsabilità da quello sociale e pubblicistico centrato sull'assicurazione obbligatoria ⁽¹¹⁶⁾.

Il sostegno dato dai giuristi a quest'ultima appare come una fuga dal diritto civile. La discussione sulla teoria del rischio professionale conferma tali affermazioni. Ferraris, ad esempio, sviluppò nei suoi interventi sul tema gli argomenti di Fusinato ⁽¹¹⁷⁾,

⁽¹¹⁶⁾ Il primo dei progetti in questa direzione fu quello presentato dal Ministro Miceli nel 1890. Cfr. *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti, Leg. XVI, 4. sessione, Doc. 116*; cfr. anche la relazione della Commissione, in *ibidem*, Doc. 116 A.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. C. F. FERRARIS, *L'assicurazione obbligatoria e la responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, Roma, 1889, p. 6: «colui che prescrive in modo, che direi dispotico, le condizioni in cui si esercita il lavoro, e normalmente si appropria di tutto il lucro dell'impresa, deve anche provvedere a che si rimuovano tutti i danni che possono derivare alla persona dell'operaio dall'esercizio del lavoro». Oppure, ancora, ben più drasticamente: «L'imprenditore è inevitabilmente, permanentemente, perennemente in colpa civile: creata l'impresa, diventa *ipso facto et ipso jure* colpevole degli

ma si preoccupò soprattutto di non effettuare alcun riferimento alla responsabilità civile e al contratto di lavoro. Unica conseguenza della teoria, a suo giudizio, doveva essere l'attribuzione del carico pecuniario dell'assicurazione obbligatoria in capo al datore di lavoro. Il vantaggio di tale assicurazione, anzi, è individuato proprio nella sua capacità di far 'scompare' la responsabilità civile dei padroni ⁽¹¹⁸⁾.

La teoria del rischio professionale riusciva, valutando lo stesso caso fortuito come un prodotto inevitabile dell'industria, a chiamare responsabile l'imprenditore senza considerare l'esistenza di una sua colpa, e non esonerava dalla responsabilità il datore di lavoro anche nel caso in cui ci fosse stata una imprudenza dello stesso danneggiato (poiché la teoria considerava 'la confidenza con il pericolo' una conseguenza inevitabile del lavoro). Colpiva quindi nel diritto privato i pilastri fondamentali della teoria classica della responsabilità per colpa: il principio per cui non esiste responsabilità (poiché non esiste colpa) per i danni dovuti a caso fortuito e quello per cui non si ha responsabilità in caso di danno verificatosi per colpa dello stesso danneggiato ⁽¹¹⁹⁾.

infortuni che vi si avverano: è colpevole pel solo fatto di essere imprenditore. Ma appunto per questo alla sua colpa non si può più dare la figura giuridica che ha nel diritto comune» (C. F. FERRARIS, *Gli infortuni sul lavoro e la legge*, Roma, 1897, p. 47). La preoccupazione principale di Ferraris, in realtà, è quella di separare il nuovo principio dalla responsabilità civile: «Il vero e proprio principio del rischio professionale — afferma — esclude la responsabilità nel senso del diritto comune: esso è la negazione del principio della responsabilità...» (*ibidem* p. 49). Comprensibile ci pare lo stupore di Pasquale Jannaccone (*Contratto di lavoro*, in *Enciclopedia giuridica*, III, 3, 1898, p. 1070): è ben strano — afferma — che, dopo aver ammesso «tanti e tali elementi di colpa», Ferraris ne faccia derivare l'assenza di qualsiasi responsabilità civile.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. C. F. FERRARIS, *L'assicurazione obbligatoria e la responsabilità*, cit., p. 11; C. F. FERRARIS, *L'assicurazione degli operai in Germania*, in *Nuova Antologia*, XXII (terza serie), f. XVI, 1889, p. 736: ove i vantaggi del sistema dell'assicurazione obbligatoria sono contrapposti ai «cavilli e sotterfugi», alle «alterazioni nelle ordinarie norme giuridiche», alle «liti e lotte» e al «nuovo seme di malumore e di odio fra padroni ed operai» proprio della soluzione civilistica del problema degli infortuni. Lo stesso Fusinato, sia pure con maggiori sfumature, si schierò per una distinzione dei problemi, cfr. G. F. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro alla Camera dei deputati* (1896), in *Scritti giuridici*, cit., pp. 525 e ss.

⁽¹¹⁹⁾ Vittorio Emanuele Orlando presentò tale teoria come una «demolizione cosciente, scientificamente completa, della teoria tradizionale» (*Saggio di una nuova*

L'adozione della soluzione 'sociale' dell'assicurazione obbligatoria spense le potenzialità innovative a cui il principio del rischio poteva dar luogo riguardo all'istituto della responsabilità civile⁽¹²⁰⁾. Gli infortuni sul lavoro costituivano il caso più macroscopico di insufficienza del diritto comune e di emersione nella coscienza giuridica di un nuovo principio di responsabilità non più fondato sulla colpa⁽¹²¹⁾, ma il carattere di transazione introdotto dalla pubblicistica assicurazione obbligatoria — l'operaio ottiene sempre un'indennità, ma essa è minore di quella che avrebbe potuto ottenere attraverso la via giudiziaria⁽¹²²⁾ — e la lettura che a lungo gli interpreti ne diedero solo fuori dai principi antichi del diritto civile lasciava cadere ogni possibilità di trasformazione *nel* diritto civile. Qui il riferimento al principio per cui non si ha responsabilità senza colpa rimaneva inalterato⁽¹²³⁾.

L'andamento del dibattito è conforme agli schemi avanzati dai sostenitori del distacco del diritto civile da un contatto immediato con il mutamento sociale e dell'impossibilità di intervenire sul Codice per sanare particolari situazioni sociali. Non a caso, l'approvazione della legge sociale di maggiore importanza non distrusse, come ritenevano gli innovatori, le distinzioni della scienza giuridica

teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile. A proposito della responsabilità diretta dello Stato, in Archivio di diritto pubblico, 1893, p. 338.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. ad esempio, quali consigli si impartivano ai giudici dopo l'approvazione della legge sugli infortuni: «... una verità indiscutibile e che deve costantemente illuminare chi è chiamato ad applicare la legge in questione ... (è) che il rischio professionale e la responsabilità civile sono due termini assolutamente inconciliabili tra loro». Il primo — prosegue l'autore — fondato sul diritto pubblico, la seconda esclusivamente nel diritto privato (A. BRUSCHETTINI, *La responsabilità civile dell'imprenditore secondo la legge 17 marzo 1898*, in *Rivista sugli infortuni del lavoro*, I, I, 1899, p. 8).

⁽¹²¹⁾ Cfr. in tal senso V. E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, cit.

⁽¹²²⁾ La legge del 1898 (art. 22) stabiliva che la responsabilità rimaneva solo nel caso in cui per il fatto da cui l'infortunio era derivato c'era stata una condanna penale. Cfr. ampiamente sul punto A. AGNELLI, *Commento alla legge sugli infortuni sul lavoro*, Milano, 1905, pp. 533 e ss.; G. G. BALANDI, *Un caso di archeologia industriale: ciò che resta oggi del «rischio professionale»*, in *Rivista giuridica del lavoro*, III, 1976, pp. 93 e ss.

⁽¹²³⁾ Cfr. in generale sul punto G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1976, pp. 115 e ss.; ancora utile, inoltre, S. RODOTA, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

dominante ma le riconfermò. Sulla linea tracciata da quelle distinzioni infatti il dibattito aveva abbandonato il terreno della 'severità del Codice', per approdare in un settore in cui l'assenza di una tradizione dogmatica rendeva possibile anche l'adozione di nuovi princìpi ⁽¹²⁴⁾.

La regolamentazione dei fatti che creavano una crisi nella antiche certezze dogmatiche ed il compito dell'innovazione erano in tal modo demandati al diritto pubblico: la costituzione privatistica si conservava immutata, ma cambiavano i rapporti di forza tra gli assetti disciplinari interni all'universo giuridico. I privatisti, espellendo dal loro sistema una serie crescente di fatti che attribuivano ad una regolamentazione amministrativa, rinunciavano a porre i princìpi del Codice a base normativa di tutto l'ordinamento: restringevano 'la costituzione' per difenderla.

Tale scelta della scienza giuridica si inseriva nella tendenza in atto di espansione degli apparati amministrativi e nella crisi dello Stato di diritto liberale. Il diritto pubblico cresceva a spese del diritto privato il quale però, secondo i giuristi, si sottraeva ai ritmi accelerati della trasformazione sociale in corso ⁽¹²⁵⁾: la soluzione dei nuovi conflitti sociali era affidata ad una legislazione ritenuta 'soltanto' pubblicistica, extragiuridica ⁽¹²⁶⁾. Con questa scelta

⁽¹²⁴⁾ Cfr. esplicitamente in tal senso *Atti parlamentari, Camere dei deputati, Documenti*, Leg. XVI, 4. sessione (1889/90), Doc. 116 A, p. 2: «L'inversione dell'onere della prova, la colpa contrattuale ed altri simili espedienti, mezzo giuridici mezzo sociali non bastano... perchè le questioni giuridiche devono tenersi circoscritte nel campo giuridico, e risolversi coi severi princìpi del diritto; dove le questioni sociali occupando un campo affatto diverso, vanno trattate coi criteri più larghi e flessibili della pubblica utilità».

⁽¹²⁵⁾ Le 'finzioni' che sorreggono l'unitarietà del Codice sono accentuate, quindi, allorchè cominciano a delinarsi i primi segni della «dissoluzione dell'unità interna del diritto privato» di cui parla Franz Wieacker (*Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano, 1980, vol II, in particolare pp. 167 e ss., 285 e ss., ed. orig. Göttingen, 1967). Cfr. anche F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983 (ed. orig. Frankfurt am M., 1974) con una introduzione di G. Liberati.

⁽¹²⁶⁾ In questa tendenza si inserisce anche, a nostro giudizio, la legge del 1893 sui probiviri del lavoro. I probiviri dovevano applicare non «le norme dello stretto diritto» ma i «benigni criteri dell'equità», simboleggiavano una «tenda di pace alzata tra il capitale e il lavoro» (L. Luzzatti), avevano una funzione conciliativa, pacificatrice, dovevano introdurre l'accordo, la 'pace' in luogo delle «perniciose lotte» nella «grande famiglia industriale». Cfr. *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti*, Leg. XV.

difensiva la scienza intendeva affrontare i mutamenti sociali di fine secolo, coniugando al sub interno modalità contrastanti di rapportarsi al sociale: attraverso un sistema privatistico inalterato nelle sue linee portanti ispirate al liberalismo del Codice e attraverso un ambito pubblicistico-sociale, disponibile a mutare i suoi meccanismi tecnici e sviluppantesi con tempi più vicini a quelli della società civile.

IV.2. L'impiego sempre più ampio del termine legislazione sociale fa da supporto alla distinzione tra pubblico e privato, impedisce che essa crolli nel momento in cui l'emersione dei problemi connessi all'industrializzazione rende la sua concettualizzazione più difficile.

Gli esempi in proposito potrebbero essere numerosi, ma qui ci pare sufficiente far riferimento all'analisi di due studiosi dell'ambiente torinese: Cesare Nani e Gioele Solari. Due riflessioni poste a più di un decennio l'una dall'altra, diversissime nell'impostazione e negli obiettivi. Entrambe però sono il prodotto di autori particolarmente sensibili, attenti sia alla tradizione giuridica, entro cui sono ben immersi, sia alle novità delle trasformazioni in corso tra Otto e Novecento; entrambe — ed è il profilo che più ci interessa — mostrano le difficoltà teoriche della cultura giuridica ad abban-

(unica), Doc. 113 (da cui è tratta la citazione di Luzzatti); *Ibidem*, Leg. XVII (unica), Doc. 117, Doc. 136 e 136 A; *ibidem*, Leg. XVIII, I. sessione, Doc. 84 e 84 A in cui si possono ripetutamente riscontrare i termini sopra riportati. Il privilegio dato alla 'missione conciliativa' e l'attività decisoria solo 'accessoria' attribuita ai probiviri si spiega non solo in base all'esigenza, realmente sentita, di non intaccare l'unitarietà della giurisdizione — nel 1888 erano stati aboliti i tribunali di commercio —, ma anche in base alla convinzione che 'il conflitto' e le nuove relazioni sociali erano 'extragiuridiche', poichè avevano un 'volto giuridico' indecifrabile secondo i tradizionali canoni paleoliberali.

Sul fallimento del compito istituzionale affidato dal legislatore ai probiviri e sulla funzione da essi effettivamente svolta nella prassi delle relazioni lavoristiche si rinvia a E. BALBONI, *Le origini dell'organizzazione amministrativa del lavoro*, Milano, 1968; M. CAPPELLETTO, *Per una storia del diritto del lavoro: il contratto collettivo e i probiviri*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, pp. 1198 e ss.; G. MONTELEONE, *Una magistratura del lavoro: i Collegi dei probiviri nell'industria (1883-1911)*, in *Studi Storici*, 1977, II, pp. 87 e ss.; A. PROTO PISANI, *Lavoro (controversie in materia di)*, in *Appendice al Novissimo Digesto*, IV, pp. 62 e ss.

donare la dicotomia tra pubblico e privato, il permanere delle certezze privatistiche a nucleo più solido del giuridico e, infine, come lo strumento legislazione sociale fosse utilizzato per risolvere le eventuali 'complicazioni teoriche' poste dalla nuova realtà ai modelli tradizionali.

La preoccupazione principale di Nani è quella di mostrare erronea una tesi di Otto von Gierke che si andava 'pericolosamente' diffondendo anche nella letteratura giuridica italiana. L'illustre germanista aveva proposto, infatti, una soluzione giuridica ai temi sociali fuori dalle distinzioni sopra considerate: muovendo dalla critica alla distinzione romanistica tra diritto pubblico e diritto privato, egli aveva respinto decisamente la collocazione delle leggi sociali in un ambito speciale, staccato dalla sistematica coerenza di un diritto privato «individualista e romanistico», con una elaborazione fissata in una «dogmatica morta»⁽¹²⁷⁾. 'Il compito sociale del diritto privato' doveva essere soddisfatto mediante una trasformazione che investisse anche il suo centro e riuscisse così a mutare nel complesso i suoi principi. Ciò esigeva in primo luogo l'abbandono della erronea, netta distinzione tra pubblico e privato ed il recupero del principio germanico dell'unità del diritto⁽¹²⁸⁾. Il diritto sociale gierkiano, nel tentativo di superare la 'grande dicotomia', non poteva che rifiutare le leggi sociali-speciali e l'argomento della loro transitorietà ed eccezionalità⁽¹²⁹⁾.

È, com'è noto, la tesi esposta nel *Vortrag* viennese del 1889. Pochi anni dopo, nel 1892, in una ricognizione critica del socialismo giuridico effettuata presso l'accademia delle scienze di Torino, Nani si contrappone senza mezzi termini a tali argomentazioni.

(127) O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), Frankfurt am M., 1943, p. 13. Cfr. anche O. GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889 pp. II e ss. Per una analisi dettagliata del testo gierkiano si rinvia a G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein «juristensozialismus» Otto v. Gierke?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4, t. I, 1974/75, pp. 319 e ss.

(128) O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, cit., pp. 4 e ss.

(129) Sulla difficoltà di assumere il diritto sociale come categoria autonoma di fronte alla dicotomia pubblico-privato cfr. N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia Einaudi*, XI, Torino, 1980, pp. 401 e ss.; S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, pp. 696 e ss. P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, pp. 660 e ss.

La fusione in una armonica unità — afferma lo storico del diritto — fra diritto pubblico e privato, fra interessi privati e interessi generali, niente ci dice sui criteri con cui essa debba realizzarsi, non indica la misura con cui determinare «la porzione di interesse privato» e la «porzione di interesse pubblico». Si determina con tale incertezza il pericolo che il diritto di proprietà e la libertà contrattuale siano vanificati da un assoggettamento senza limiti ai doveri sociali ⁽¹³⁰⁾. L'unità reclamata da Gierke riesce solo con un mondo di essere tipico dei diritti primitivi, a tener confusi due elementi eterogenei ⁽¹³¹⁾ e a riproporre una battaglia già persa: «la lotta pel diritto dell'avvenire non può più essere, come una patriottica illusione fa credere al Gierke, una lotta fra il diritto romano e il diritto germanico. Il gran duello si è già combattuto, e già da secoli ne furono decise le sorti» ⁽¹³²⁾.

Al di là della polemica contro il diritto germanico, ciò che più preme a Nani è però «rivendic(are) al diritto privato una completa indipendenza», continuando a riporre «sull'individuo» il suo solo fondamento ⁽¹³³⁾, e ristabilire la divisione con il diritto sociale. Anche se Nani — con maggiore accortezza di Delogu — non nega le relazioni del diritto privato con il diritto pubblico, egli si sforza soprattutto di mostrare l'operatività dell'antica distinzione, sia in riferimento al modo 'tipico' di essere del diritto civile, sia in riferimento ai problemi della società industriale.

La difesa dell'autonomia del diritto privato non comporta, per Nani, uno sfrenato individualismo poichè esistono dei meccanismi volti a mitigare i casi di «aperto contrasto» tra l'utilità dei singoli e l'utilità generale. Non solo c'è il concetto di ordine pubblico ⁽¹³⁴⁾

⁽¹³⁰⁾ C. NANI, *Il socialismo nel Codice civile*, Torino, 1892, pp. 35 e ss.

⁽¹³¹⁾ *Ibidem*, p. 30.

⁽¹³²⁾ *Ibidem*, p. 31.

⁽¹³³⁾ *Ibidem*, p. 36: «Né in tutto né in parte, né al punto di partenza né in altro qualsiasi della loro carriera i due termini si trovano naturalmente confusi insieme; ... esso (il diritto privato) non ha per base la società e l'individuo in pari tempo, ma unicamente l'individuo; si svolge nell'ambiente sociale ma non si confonde con questo ambiente».

⁽¹³⁴⁾ *Ibidem*, pp. 36 e 37. Nani fa riferimento all'art. 12 delle Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale. Sullo scarso interesse della dottrina privatistica di fine Ottocento per il concetto di ordine pubblico

quale limite negativo dell'attività dei privati, ma c'è anche un limite positivo con il quale, in caso di «necessità impellente»⁽¹³⁵⁾, si possono indirizzare verso fini prestabiliti determinate relazioni giuridiche. Limite quest'ultimo già concretamente operante nel sistema codicistico — richiama in proposito i rapporti di vicinato e le servitù prediali —, ma utilizzabile anche come criterio di politica legislativa per fissare nuovi principi giuridici lì dove esistono gravi lacune nel Codice. Esempio macroscopico in cui «la somma necessità esiste» è quello del contratto di lavoro. Qui la legge può e deve intervenire sulla libertà contrattuale con disposizioni intangibili di carattere imperativo⁽¹³⁶⁾.

La rigidità della distinzione tra interessi individuali e sociali, tra diritto privato e pubblico, si attenua e il mal teorizzato strumento della 'necessità' apre un varco nel principio dell'autonomia negoziale attraverso cui si potrebbero apportare variazioni crescenti al sistema privatistico. La realtà sociale introdotta dall'industrializzazione e le nuove situazioni di debolezza potrebbero per questa via fare ingresso nel Codice. La considerazione dei casi concreti spinge l'analisi lontano dalla rigida ripartizione ideologica dei settori del giuridico che la ispirava. A ristabilire l'ordine, a ribadire la separazione tra costituzione privatistica e adesione transitoria ai fatti sociali interviene ancora l'argomento dell'intervento speciale che si rivela indispensabile per ricondurre la tesi dello storico del diritto alla sua nettezza iniziale.

Nani utilizza infatti il concetto di legislazione sociale come strumento teorico per distaccare la regolamentazione giuridica delle nuove situazioni dal «naturale ufficio» del Codice: i problemi connessi con «lo svolgersi e l'espandersi, così rapido ed immane, della grande industria a cui assistiamo ai giorni nostri» — afferma — richiedono, sì, una regolamentazione, dei «provvedimenti sociali», ma essi «debbono rimanere all'infuori della cerchia del Codice civile dove si esplica il diritto dell'individuo. Essi entrano

nel sistema del Codice del 1865 — che richiamava tale concetto anche nell'art. 1122 — cfr. G. B. FERRI, *Ordine pubblico (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, pp. 1038 e ss., in particolare pp. 1045 e ss.

⁽¹³⁵⁾ C. NANI, *Il socialismo nel Codice civile*, cit. pp. 37 e 38.

⁽¹³⁶⁾ *Ibidem*, pp. 70 e 71.

invece nella sfera del diritto pubblico, e se quello a carattere di stabilità, questi sono invece per loro natura provvisorii» (137).

L'emersione del sociale tra il diritto pubblico e il privato, se complica in parte l'analisi, non incide però, grazie allo strumento delle leggi speciali, sull'essenza del diritto privato che si stacca dai «rapidi» tempi di trasformazione, dalla transitorietà delle forme giuridiche necessarie ad una società industrializzata. La natura giuridica pubblicistica dell'intervento statale sul sociale non può quindi modificare il diritto privato.

Stabilità e immutabilità contro transitorietà, regolamentazione contingente di forme sociali destinate a ritornare in futuro nella logica individualistica permanente costituivano il principale supporto argomentativo della tesi volta a immunizzare l'operatività nel diritto privato dei principi delle leggi sociali (138). Una tesi fondata più su ragioni di ordine ideologico che sulle inevitabilità tecniche dell'ordine rigoroso del discorso giuridico; tesi che riproduce ancora la convinzione per cui l'ingerenza coattiva dello Stato non crea normative giuridiche vere, ma esclusivamente provvisorie discipline di situazioni che presto il sapere della scienza giuridica riuscirà ad inglobare nel suo antico e 'immutabile' sistema.

La ricostruzione di Gioele Solari è più complessa sia riguardo alla natura delle leggi sociali, sia all'essere della distinzione tra diritto pubblico e privato.

La natura giuridica delle leggi sociali è comprensibile, a suo giudizio, solo individuando tra pubblico e privato, tra individuo e Stato, una nuova categoria 'intermedia', quella di società e di diritto sociale (139).

Anche nello schema di Solari però è operante — più che in quello tradizionale di Nani — quel meccanismo di allontanamento, di espulsione dal diritto privato di ogni elemento di incertezza e di

(137) *Ibidem*, p. 72.

(138) Cfr. per una critica dei criteri interpretativi seguiti dalla giurisprudenza nei confronti delle leggi speciali O. QUARTA, *Natura giuridica della legge 17 marzo 1898*, in *Rivista sugli infortuni del lavoro*, II, 4, 1900, cc. 158 e ss.; F. CARNELUTTI, *Criteri interpretativi della legge su gli infortuni*, (1904), in F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro. Studi*, vol. I, Roma, 1913, pp. I e ss.

(139) G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), Milano, 1980 (a cura di P. Ungari), pp. 201 e ss.

contraddizione per i dogmi individualistici. La legislazione sociale non entra nel diritto privato, può solo «all'infuori di esso far sentire la voce dell'interesse sociale» (140). L'intervento crescente del legislatore non muta gli istituti privatistici, non scalfisce l'idea di contratto, fa sì soltanto che le nuove figure siano allontanate dal vecchio ambito.

Non si può negare che lo sforzo di Solari di individuare un 'punto di fuga' rispetto alla tradizionale distinzione sia notevole (141); ma l'elemento più importante nel suo discorso ci pare sia altrove. Sta nell'inconcepibilità di un diritto privato limitato e di una volontà negoziale della parti non assoluta. Sta nel voler conservare intatto il diritto privato paleoliberales nel volerlo sottrarre alle trasformazioni indotte dal sociale. Nel momento in cui si alterano i criteri tradizionali ci si sposta, per Solari, su un terreno che non è più privatistico. È quanto ribadisce a proposito del contratto su cui più incideva l'intervento delle leggi sociali: «il contratto di lavoro industriale deve regolarsi a parte all'infuori del diritto privato in quanto esula sempre più da esso il criterio della libertà contrattuale» (142).

Si allargano quindi le attribuzioni del diritto pubblico, si individua perfino un nuovo settore giuridico correlato all'essere 'autonomo' della società, ma resta inalterata la convinzione per cui il diritto privato e il Codice civile non debbono confondere, in forza degli interventi legislativi, i loro principi a contatto con la nuova realtà. Il diritto delle obbligazioni resta concepibile per il giurista solo come forma astratta, come esercizio di logica giuridica fondato su alcuni termini invariabili: la volontà assoluta del singolo e il rapporto tra uguali. Una regolamentazione volta, in considerazione delle situazioni di 'dipendenza' di un individuo o di un gruppo, a stabilire condizioni di parità sostanziale tra le parti non è più di diritto privato e non può influire sulle sue regole poichè,

(140) *Ibidem*, p. 207.

(141) Insiste, forse eccessivamente, sul punto Gustavo Gozzi il quale sottolinea la «lucida percezione» da parte di Solari del «nuovo ordine sociale e politico portatore di elementi di socialità che stanno emergendo e che sono destinati a segnare la crisi del vecchio ordine giuridico dello Stato di diritto e dell'etica individualistica che lo pervade» (*Legislazione sociale e crisi dello Stato di diritto*, cit., p. 218).

(142) G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., p. 228.

considerando la condizione sociale e le disuguaglianze di fatto, non presuppone più un rapporto di simmetria tra le parti ma lo crea, arbitrariamente, a danno della libertà contrattuale. È un intervento autoritario, lede dall'esterno un equilibrio naturale per definizione. Un istituto che perde la limpidezza dei caratteri dogmatici tradizionali non può, quindi, che cessare di essere di diritto privato e di influire sulla sistematica coerenza della sua ricostruzione giuridica ⁽¹⁴³⁾.

IV.3. La convinzione della immodificabilità dei dogmi privatistici vizia il dibattito sulla natura giuridica delle leggi sociali, indirizzandolo verso una soluzione tecnica obbligatoriamente pubblicistica. Non sorprende quindi che — come è stato notato di recente in riferimento alla scienza giuridica tedesca — a farsi lettrici più attente delle nuove esigenze furono le scienze pubblicistiche, quelle più giovani ed «acerbe dogmaticamente», «più duttili ad adattarsi, anche dal punto di vista dottrinario, agli obiettivi di politica sociale via via posti» ⁽¹⁴⁴⁾.

Abbiamo accennato a come il modello tedesco fosse concretamente utilizzato per sostenere soluzioni extraprivatistiche dei problemi sociali e per avvalorare la tesi della natura esclusivamente pubblicistica delle nuove, speciali, forme di intervento dello Stato. In Germania il legislatore aveva optato per una soluzione amministrativa della questione sociale, ricorrendo nel campo delle malattie, degli infortuni, dell'invalidità e della vecchiaia all'assicurazione

⁽¹⁴³⁾ È in tal senso che può essere letta la critica di Solari alla scelta barassiana di una ricostruzione del contratto di lavoro puramente civilistica: «l'elemento che il Barassi chiama mutevole va diventando preponderante ed essenziale mentre quello che dovrebbe essere l'elemento essenziale, la libertà contrattuale, è ridotta a una parvenza» (*ibidem*, p. 215). Il discorso di Solari è più franco, ma la sua proposta di sottrarre, in nome del sociale, il contratto di lavoro dal diritto privato è meno produttiva di effetti nell'ambito della cultura giuridica della scelta 'tradizionale' di Barassi. Nel momento in cui questi infatti ripensa da giurista l'elemento essenziale del contratto non può che far riferimento ai nuovi dati sociali e persino alle stesse mutevoli leggi sociali dichiarate dapprima ininfluenti sul discorso del giurista; un riferimento che riesce finalmente a toccare il nucleo dogmatico 'duro' della civilistica che l'espulsione reclamata da Solari lasciava totalmente intatto. Per dei chiarimenti sull'argomento cfr. *infra* V.2.

⁽¹⁴⁴⁾ P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna, 1987, p. 144.

obbligatoria, attuata attraverso una vasta rete di organi amministrativi, ricomprendenti anche le corporazioni professionali ⁽¹⁴⁵⁾.

Il dibattito dottrinario tedesco era indirizzato sulla via pubblicistica dalla precoce e chiara scelta del legislatore. Ma, occorre dire, i giuristi non erano vincolati a valutare come pubblicistiche tutte le fattispecie delle *Arbeiterversicherungsgesetze*, né la scelta del legislatore poteva impedire un'interpretazione sistematica più ampia dei nuovi principi tale da coinvolgere anche gli istituti del diritto privato. L'ampio dibattito tecnico-giuridico che accompagnò in Germania la nascita e i primi anni di sviluppo delle leggi sociali mostra, a nostro giudizio, presenti nella cultura giuridica tedesca preoccupazioni e scelte non dissimili da quelle che abbiamo riscontrato in Italia. Ci pare quindi opportuno fare un breve cenno alla vicenda.

Quale natura giuridica hanno le assicurazioni sociali? È possibile che l'intervento legislativo abbia inciso solo nel settore pubblicistico? Quanto rimane nell'*Arbeiterversicherung* dell'istituto privatistico dell'assicurazione? In che misura il legislatore ha con queste leggi modificato anche la configurazione giuridica del contratto di lavoro? È intorno a questi interrogativi che si svolse, a partire dagli anni Ottanta, la parte centrale del dibattito giuridico tedesco sulle leggi sociali. Lo scioglimento dei nodi giuridici in questione implicava non solo l'affermazione di un nuovo campo di diritti pubblici soggettivi a favore del lavoratore assicurato, ma anche l'intera configurazione delle relazioni privatistiche, in particolare le modalità d'essere del diritto delle obbligazioni.

Nella prima grande opera che effettuava una sistematizzazione delle leggi sociali ⁽¹⁴⁶⁾, Heinrich Rosin affronta in più punti la

⁽¹⁴⁵⁾ Le principali leggi cui si fa qui riferimento sono: la *Krankenversicherungsgesetz* del 1883, la *Unfallversicherungsgesetz* del 1884, e la *Alters — und Invaliditätsversicherungsgesetz* del 1889. Sul tema la letteratura è vasta, rinviamo a J. UMLAUF, *Die deutsche Arbeiterschutzgesetzgebung*, cit., pp. 45 e ss.; E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 4., *Struktur und Krisen des Kaiserreichs*, Stuttgart, 1969, pp. 1201 e ss.; M. STOLLEIS, *Quellen zur Geschichte der Sozialpolitik*, Frankfurt-Zürich, 1976 (di cui si cfr. soprattutto l'introduzione pp. II e ss.); V. HENTSCHEL, *Geschichte der deutschen Sozialpolitik (1880-1980). Soziale Sicherung und kollektives Arbeitsrecht*, Frankfurt am M., 1983, in particolare pp. 9 e ss.

⁽¹⁴⁶⁾ H. ROSIN, *Das Recht der Arbeiterversicherung. Für Theorie und Praxis systematisch dargestellt*, Berlin, Bd. 1, 1893, Bd. II, 1905.

questione della loro natura giuridica. La *ratio legis* della legislazione sociale è individuata nella esigenza di supplire a quelle situazioni in cui il contrasto tra i formali principi privatistici di uguaglianza e la nuova realtà economica è più grave ⁽¹⁴⁷⁾. A fondamento dell'analisi c'è l'incapacità del diritto privato di far fronte alle situazioni di disuguaglianza della società industriale, di regolare la crescente dipendenza del lavoratore e di considerare i gruppi sociali; ma l'intera ricostruzione delle leggi volte a sanare tale situazione è effettuata nel solo campo del diritto pubblico ed ogni immediata interferenza tra le nuove normative e i principi denunziati è evitata.

Il diritto privato è impotente quindi a risolvere 'da sé' i nuovi problemi proprio perchè non può rinunciare ai suoi principi fondamentali, mentre di più può e deve fare lo Stato ⁽¹⁴⁸⁾. Anche qui però l'intervento del legislatore non incide direttamente sui principi privatistici.

Il quesito più discusso è se l'assicurazione sociale possa considerarsi o meno in una configurazione privatistica. Rosin afferma, con Laband ⁽¹⁴⁹⁾, che le *Arbeiterversicherungen* non possono rientrare nel concetto tradizionale di assicurazione. L'argomento prescelto è di natura squisitamente tecnica. La nuova forma non è composta, si afferma, di un rapporto giuridico unitario, bensì da due separate relazioni: la prima, quella principale, ha un fine previdenziale per la classe operaia; l'altra, quella secondaria, impone ad alcune persone, allo scopo di procurare i mezzi per l'assicurazione, determinate prestazioni ⁽¹⁵⁰⁾.

Tra le due relazioni non esiste — sia nel caso in cui il *Versorgungsberechtigte* e il *Zahlungspflichtige* siano soggetti diversi, sia nel caso in cui siano lo stesso soggetto — alcuna bilateralità: il

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem*, I, pp. 139 e ss. Il riferimento riguarda soprattutto il contratto di lavoro, analizzato da Rosin utilizzando ampiamente le tesi di Brentano (su cui cfr. *infra* nota 169).

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibidem*, pp. 142 e 143.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Tübingen, 1919 (7. Aufl.), pp. 299 e ss.

⁽¹⁵⁰⁾ H. ROSIN, *Das Recht der Arbeiterversicherung*, cit., I, pp. 255 e 256; P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, cit., p. 301. In tal senso anche A. HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, I, *Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt*, Leipzig, 1892, p. 695.

diritto del lavoratore alla prestazione assistenziale rimane infatti anche quando i contributi non siano stati pagati ⁽¹⁵¹⁾. L'indipendenza tra le prestazioni non può che allontanare il modello delle assicurazioni sociali da quello dell'assicurazione privatistica: il *Versorgungsanspruch* dei lavoratori non è fondato nella relazione contrattuale ma nella legge. Quello che più conta nella struttura dell'assicurazione obbligatoria prevista dalle leggi sociali non è quindi l'obbligo imposto a taluni soggetti di assicurarsi o di assicurare qualcuno, ma è la disciplina giuridica per cui al verificarsi di una malattia, di un incidente o di una invalidità è dato *ipso iure* il diritto al lavoratore ad una prestazione patrimoniale ⁽¹⁵²⁾. Ed ancora si invocava, a riconferme del carattere esclusivamente pubblicistico dei nuovi istituti, l'indisponibilità per le parti del contratto di lavoro sia del *Versorgungsanspruch* sia della *Zahlungsverpflichtung*.

I sostenitori della tesi pubblicistica mirano ad accreditare una visione puramente tecnica della loro scelta; ma è facile scorgere anche altre preoccupazioni dietro le loro rigorose distinzioni giuridiche. Basti pensare ad alcuni degli argomenti avanzati dagli oppositori di tale soluzione. La limitazione della libertà contrattuale — affermavano — non può essere richiamata come l'argomento determinante per stabilire la natura pubblicistica delle leggi in questione. Non si può dire, infatti, che rientrino nel dominio privatistico solo le libere autodeterminazioni degli individui e che ogni limitazione di libertà sia a esso estranea ⁽¹⁵³⁾. Certo, le leggi sociali hanno indubbie disposizioni di diritto pubblico, ma la sola

⁽¹⁵¹⁾ H. ROSIN, *Das Recht der Arbeiterversicherung*, cit., I, pp. 262 e 263; P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, cit., p. 301. Faceva eccezione sul punto solo la legge per l'invalidità e la vecchiaia.

⁽¹⁵²⁾ P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, cit., pp. 302 e 301: «Es handelt sich hier nicht um Leistung und Gegenleistung wie bei den Obligationen des Privatrechts, sondern um ein publizistisches Verhältnis. Der Staat hat die Fürsorge für die Arbeiter zu seiner Aufgabe gemacht». Cfr. anche W. LEWIS, *Lehrbuch des Versicherungsrechts*, Stuttgart, 1889, p. 353: «Unter dem Namen einer Versicherung handelt es sich hier um eine staatliche Unterstützung der Arbeiter».

⁽¹⁵³⁾ A. MENZEL, *Die rechtliche Natur der Unterstützungsansprüche aus den Reichsgesetzen über die Kranken — und Unfallversicherung der Arbeiter*, in *Archiv für Bürgerliches Recht*, I, 1889, pp. 327 e ss., p. 329.

presenza di alcune norme pubblicistiche in una legge non è sufficiente ad eliminare ogni riferimento al diritto privato. Le espressioni ' estranee ' al diritto privato riscontrate nella normativa di un suo istituto non valgono, del resto, a trasferire completamente tale istituto in un settore pubblicistico. Nel caso dell'assicurazione quindi non ha senso affermare, sul presupposto che il fondamento del diritto non sta nella volontà delle parti ma nella legge, che non più di diritto privato si tratta ⁽¹⁵⁴⁾.

Per gli oppositori, insomma, le nuove leggi sociali non potevano essere ' espulse ' in blocco dall'ambito privatistico, occorreva leggerle e interpretarle anche in riferimento a questo settore: l'ingerenza dello Stato non poteva e non doveva relegarsi in un settore staccato. D'altronde, uno sguardo privo di pregiudizi al diritto privato avrebbe potuto riconfermare l'assurdità di un diritto totalmente esente da elementi coattivi esterni all'autonomia dei singoli.

Anche tra i fautori della tendenza privatistica però emergeva spesso l'esigenza di differenziazioni e si mirava ad individuare settori del privato in cui le leggi sociali non avrebbero dovuto incidere. Lo stesso Menzel, di cui sopra richiamavamo le argomentazioni, escludeva una possibile interpretazione dei principi delle leggi sociali estesa agli istituti in cui essa avrebbe potuto rivelarsi più dirompente per i dogmi privatistici: il contratto di lavoro e la responsabilità civile ⁽¹⁵⁵⁾.

Non possiamo in quest'ambito soffermarci ulteriormente sulla questione, ci preme però sottolineare ancora un punto. Seguendo la disputa si ha l'impressione che la vittoria della configurazione esclusivamente pubblicistica della assicurazioni sociali risieda, più che nelle argomentazioni tecniche, nell'esigenza di evitare ogni confusione, tra l'intervento ' compensatorio ' dello Stato nelle

⁽¹⁵⁴⁾ *Ibidem*, pp. 328 e 333.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. *ibidem* pp. 339 ss. contro le ricostruzioni tese a ricondurre l'*Unterstützungsanspruch* del lavoratore nell'ambito del contratto di lavoro; pp. 341 e ss. contro la tesi miranti e ricondurre l'interpretazione della legge sugli infortuni dell'ambito della responsabilità civile senza colpa (in tal senso soprattutto si cfr. V. MATAJA, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888). Per Menzel le nuove leggi andavano interpretate in riferimento all'assicurazione privatistica: la legge fonda il rapporto, ma il diritto del singolo non muta, resta di diritto privato (cfr. pp. 348 e ss.).

relazioni lavoristiche e le fattispecie privatistiche. L'indirizzo favorevole alla natura pubblicistica risulta vincitore poichè esprime attraverso una soluzione tecnica adeguata convinzioni diffuse nell'ambito della cultura giuridica, le stesse che abbiamo riscontrato nel dibattito italiano. L'intervento coattivo dello Stato nelle relazioni lavoristiche non muta la fattispecie del contratto di lavoro, dell'assicurazione, ma crea dei nuovi istituti di diritto pubblico, fa sì che nel nuovo settore non si possa più parlare di parti contraenti, di responsabilità, di autonomia dei privati. Le relazioni privatistiche restringono, con l'aumento dell'intervento statale, la loro sfera applicativa ma rimangono immutate.

La fondazione di diritti pubblici soggettivi nel settore previdenziale e tutta la costruzione pubblicistica effettuata dai giuristi in relazione alle leggi sociali può essere anche letta come il prezzo che essi sono costretti a pagare per conservare la purezza del settore privatistico.

Un'ultima riflessione su questa vicenda. Si individua sempre più spesso nell'assicurazione obbligatoria e nella configurazione giuridica del *Versorgungsanspruch* come diritto pubblico soggettivo il momento di rottura della tradizione liberale classica e l'avvio dello Stato sociale, dello Stato amministrativo ⁽¹⁵⁶⁾. Quella che per tanti versi è la fine delle certezze tradizionali e l'inizio di una nuova fase, può anche essere vista — guardando più il settore privatistico che quello pubblicistico — come un tentativo operato dalla cultura giuridica al fine di conservare e tutelare le sue certezze, la sua autonomia nel fondamentale settore civilistico. Le nuove costruzioni scientifiche della dottrina risentono non solo dell'esigenza avvertita dai pubblicisti di razionalizzare le forme di intervento dello Stato sulla società, ma anche di una tradizione culturale ancora tutta incentrata sul primato del 'privato' e sulla immutabilità dei suoi dogmi. Che senso avrebbe infatti affermare con tanto

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. P. FLORA-I. ALBER, *Sviluppo del 'Welfare States' e processi di modernizzazione e democratizzazione nell'Europa occidentale*, in P. FLORA - J. HEIDENHEIMER, *Lo sviluppo del Welfare State*, cit., pp. 55 e ss., in particolare P. 73; J. UMLAUF, *Die deutsche Arbeiterschutzgesetzgebung*, cit., pp. 81 e ss.

Anche nella letteratura di fine secolo spesso le leggi sociali sono indicate come la prima manifestazione di una nuova epoca, cfr. T. BÖDIKER, *Die Arbeiterversicherung in den Europäischen Staaten*, Leipzig, 1895, pp. III e IV.

vigore che le assicurazioni sociali non hanno alcuna incidenza sulle relazioni contrattuali, sulla responsabilità, sul contratto di lavoro, se non quello di tutelare un nucleo giuridico non confrontabile con la transitorietà del sociale?

L'ipertrofia del pubblico assume una funzione di salvaguardia dell'ordine privatistico tradizionale, di prosecuzione in quell'ambito di modelli di relazione fra i singoli fondati su una razionalità pura, ma sempre più staccata dal divenire dei rapporti sociali. Un progetto perdente, se considerato con gli occhi rivolti al presente, ma che indubbiamente ha pesato non poco sulla cultura giuridica del Novecento.

V. La tesi dell'immodificabilità dei principi privatistici e della delimitazione della normativa inerente alle nuove relazioni sociali in leggi speciali-pubblicistiche era molto fragile se applicata al contratto di lavoro. Ciò che mancava in questo caso era la stessa regolamentazione dell'istituto che il Codice del 1865 affidava a due sole norme: era impossibile quindi pretendere di affidare ad una regolamentazione privatistica inesistente la parte stabile di un contratto che sempre più assumeva importanza⁽¹⁵⁷⁾. La distinzione tra giuridico e sociale, inoltre, si scontrava qui con l'impossibilità di tener divisi nel contratto elementi sempre più confusi nella nascente società industriale.

Mancava quindi nel Codice, riguardo al contratto di lavoro, la parte stabile, quella parte autentica del giuridico che i giureconsulti intendevano tutelare dalle confusioni della sociologia e dalla transitorietà delle leggi speciali. Nella figura della *locatio operarum* il distacco tra il Codice e la realtà sociale era incolmabile; le norme individualistiche apparivano un privilegio di classe e il termine libertà contrattuale era privo di senso per la parte debole del rapporto. Tra gli anni Ottanta e Novanta non mancarono vibranti critiche alla sistematica del Codice e al 'fanatismo del passato' della scienza giuridica incapace di contrastare tale assetto, e non

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, Macerata, 1893, pp. 8 e 9; A. MENDER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, in *Archiv für Soziale Gesetzgebung und Statistik*, II, 1889, pp. I e ss., 419 e ss., III, 1890, pp. 57 e ss.

mancarono anche tentativi di approntare una costruzione giuridica del nuovo contratto di lavoro.

Già a metà degli anni Ottanta siamo lontani dalle interpretazioni esegetiche dei Pacifici Mazzoni, dei Borsari e dei Ricci, e siamo lontani dal silenzio, dalla totale insensibilità del giurista-interprete per il tema del lavoro e della persona del lavoratore che si accompagnava a quella del Codice. L'analisi della *locatio operarum* era ridotta dagli esegeti a quella dell'articolo 1628 e il contrasto più grosso mirava a stabilire se la nullità ivi predisposta fosse assoluta o relativa ⁽¹⁵⁸⁾. Una dotta discussione tutta incentrata sul tema della libertà individuale e della dignità umana tutelate nel divieto dell'articolo 1628 di obbligare la propria opera all'altrui servizio a tempo indeterminato e del tutto incapace di osservare, sia pure per un attimo, le violazioni di libertà svolgetesi al di là della striminzita normativa del Codice ⁽¹⁵⁹⁾.

V.1. Un primo attacco alle concezioni degli esegeti si ebbe con quelle interpretazioni che, nel tentativo di risolvere il problema degli infortuni sul lavoro attraverso la responsabilità contrattuale, ampliavano la sfera degli obblighi del 'conduttore', aggiungendo a quello del pagamento della 'mercede' l'obbligo di predisporre al 'locatore' i mezzi idonei alla esecuzione del contratto e di 'vegliare' alla sicurezza dell'operaio. Il lavoratore colpito da infortunio non avrebbe, in tal modo, più dovuto provare

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle locazioni, Codice civile italiano commentato*, IV, Firenze, 1877 (Terza edizione) pp. 391 e ss.; L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, IV, I, Torino, 1878, pp. 779 e ss.; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VIII, Torino, 1882, pp. 361 e ss.

⁽¹⁵⁹⁾ A Borsari che riteneva la nullità dell'art. 1628 relativa — pertanto non dichiarabile da parte del giudice di ufficio, ma solo ad istanza del locatore (contra Ricci e Pacifici-Mazzoni) — la limitazione della libertà contrattuale della parti stabilità nel Codice appariva di portata enorme: «... questa grande eccezione — afferma — deve essere tenuta nei limiti della sua causa, e nei termini dello scopo che la legge si proponeva» (*Commentario*, cit., p. 784). L'opinione dominante era per la nullità assoluta, opponibile in qualunque momento da entrambe le parti e rilevabile d'ufficio dal giudice. Ciò — come fu notato — costituiva «un eccesso»: «una disposizione esclusivamente intesa a garantire e proteggere la personale libertà di chi lavora viene così a ritorcersi in suo pregiudizio a suo danno» (L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro*, cit., p. 31).

— secondo i principi della responsabilità extracontrattuale — la colpa del datore di lavoro, bensì solo che il danno era conseguente ai mezzi inadeguati da questi apprestati. La teoria, solo apparentemente meno 'eretica' di quella dell'inversione dell'onere della prova, raggiungeva lo stesso risultato — il lavoratore come, il creditore richiedente il pagamento, non doveva provare la colpa del debitore ma solo il credito — ed inoltre veniva ad incidere sulla struttura dello stesso contratto, inserendo in esso con una spregiudicata operazione tecnica la garanzia della sicurezza della persona del lavoratore ⁽¹⁶⁰⁾. Spesso si giungeva a tali affermazioni attraverso una ingenua utilizzazione delle disposizioni della locazione di cose e si sosteneva che tra gli obblighi del conduttore rientravano quelli di 'custodire', di 'difendere' e di 'restituire in buono stato' la persona del lavoratore ⁽¹⁶¹⁾. Argomenti che, come si può facilmente intuire, erano facile bersaglio degli oppositori di questa teoria.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. Ch. SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie (Accidents de transport et de travail)*, Bruxelles-Paris, 1884, pp. 110 e ss.; M. AMAR, *Studi di diritto industriale*, cit., pp. 470 e ss.; e gli interventi di E. A. PORRO nel *Monitore di tribunali* (XXXVII, 35, 1896, p. 687; e *ibidem*, 51, pp. 1029 e ss.). Quest'ultimo intervento era una risposta alle critiche del principio della responsabilità contrattuale effettuate da E. BRASCHI, *Il contratto di locazione d'opere e gli infortuni sul lavoro*, in *ibidem*, 43, pp. 845 e ss.; E. BRASCHI, *Di nuovo sul tema il contratto di locazione d'opera e gli infortuni sul lavoro*, in *ibidem*, 51, pp. 1024 e ss. Riguardo alle posizioni della giurisprudenza cfr. L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, cit., pp. 45 e ss.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. P. JANNACCONE, *Il contratto di lavoro*, in *Archivio Giuridico*, LIII, 1894, pp. 111 e ss., in particolare pp. 143 e ss.; P. JANNACCONE, *Contratto di lavoro*, in *Enciclopedia giuridica*, III, 3, 1898, pp. 1029 e ss. L'autore si schiera per una estensione analogica dei principi della «forma giuridica più evoluta» (p. 1028), la locazione di cose, alla locazione d'opere e ne deduce l'obbligo del conduttore per i danni derivanti da infortunio: «la parte che dirige, che usa, (ha) il dovere di ben usare, di ben dirigere, di ben utilizzare... Quest'obbligo è riconosciuto manifestamente nella locazione di cose... Ma non è proprio soltanto della locazione delle cose: esso sgorga invece del concetto di locazione in generale poichè giova che chi loca... eserciti sulla cosa locata quella sorveglianza, quella cura che il proprietario non è in grado di esercitare: la custodia, la difesa e la restituisca in buona salute» (p. 1068). Inutile dire che, nel caso della *locatio operarum*, la 'cosa' locata sarebbe stata la persona del lavoratore o, secondo la distinzione di Jannaccone, «la potenza di lavoro che l'operaio mette a disposizione» (p. 1068). Per una critica a questa tesi cfr. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, p. 550.

La teoria della responsabilità contrattuale ebbe il grosso merito di affrontare il tema delle insufficienze del contratto di lavoro. Il legame contrattuale tra le parti era irriducibile alla semplicità del Codice, gli obblighi del datore di lavoro non potevano, nella nascente società industriale, esaurirsi tutti nel pagamento della mercede. Attraverso una finzione — quella per cui al momento della conclusione del contratto il datore di lavoro assumeva anche un obbligo di sicurezza — si incide in uno dei dogmi più solidi del liberalismo, quello per cui dal contratto non possono scaturire diritti diversi da quelli voluti dal comune accordo dei contraenti avente valore di ' legge '.

Voci di dissenso nei confronti della sistematica del Codice e della pedissequa imitazione di questa effettuata dai giureconsulti esegeti si levano anche nella dottrina ufficiale, da parte dei giuristi più restii ad una considerazione sociale del tema del contratto di lavoro. Nel clima di rinnovamento metodologico della civilistica degli anni Ottanta è spesso, infatti, l'«ansia del sistema», «l'istanza di una teorizzazione più raffinata» ⁽¹⁶²⁾ a dettare l'insofferenza dei giuristi per «l'ibrida unione della locazione di cose con quella cosiddetta di opere» ⁽¹⁶³⁾; unione rispondente ancora all'istituto della schiavitù, espressione di una «antigiuridica reminiscenza» e «repugnante alla umana dignità» ⁽¹⁶⁴⁾, nonchè poco sistematica.

Sicuramente però l'attacco più consistente nei confronti della figura codicistica della *locatio operarum* fu dovuto ai giuristi appartenenti al cosiddetto socialismo giuridico. Le pagine di Cimbali, di Salvio, di Gianturco, di Vadalà Papale, utilizzando dati economici e sociali e il riferimento alle situazioni di disuguaglianza sostanziale tra le parti, misero a nudo sul punto la «disarmonia» esistente «fra vita reale e diritto» ⁽¹⁶⁵⁾ e l'esigenza di una codificazione, di una

⁽¹⁶²⁾ P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6, 1976/77, pp. 314 e 315.

⁽¹⁶³⁾ V. POLACCO, *Appunti sulla locazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV, 1887, p. 409; Cfr. anche L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro*, cit., p. 26; L. ABELLO, *Della locazione*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di P. Fiori), *Contratti speciali*, V, 1, *Locazione di cose*, Torino, 1913, pp. X e ss.

⁽¹⁶⁴⁾ V. POLACCO, *Appunti sulla locazione*, cit., pp. 409 e 410.

⁽¹⁶⁵⁾ Così, in specifico riferimento al contratto di lavoro, e richiamandosi agli

normativa ispirantesi al principio di socialità e di solidarietà ⁽¹⁶⁶⁾.

Non mancarono, soprattutto negli anni Novanta, alcuni interventi specificamente riferiti al contratto di lavoro e tendenti a fornirgli un'architettura, a designare le sue «figure nuove», espressioni della «società moderna» e a imbastire un'analisi sia pure elementare dei suoi elementi peculiari ⁽¹⁶⁷⁾. Si tratta di scritti spesso ricalcati sulle tesi generali degli autori del socialismo giuridico e riproducenti le critiche alla scienza del diritto privato e all'individualismo; non sono sufficienti — si dice — «ritocchi» o «modificazioni», ma occorre che «si sostituisca al principio romano dell'individualismo, il principio moderno della socialità, all'interesse privato quello collettivo di tutta la comunanza» ⁽¹⁶⁸⁾. Altre volte invece ispirati palesemente agli scritti di Lujo Brentano e all'analisi delle particolari caratteristiche della 'merce-lavoro' — in cui la 'merce' venduta è indissolubile dalla figura del venditore stesso — rispetto alle altre merci ⁽¹⁶⁹⁾. È questo il caso degli scritti di Betocchi e di Vadalà Papale.

autori citati nel testo, I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella giurisprudenza*, *Il circolo giuridico*, XXVII, 1896, p. 113; cfr. anche C. BETOCCHI, *Il contratto di lavoro nell'economia e nel diritto*, Napoli, 1897, p. 24 ove si parla di «antagonismo tra il diritto e la realtà».

⁽¹⁶⁶⁾ Un'aspra critica alle idee e la mito della 'pace sociale' del socialismo giuridico è effettuata da S. PANUNZIO, *Il socialismo giuridico. Esposizione critica*, Genova, 1906, in riferimento soprattutto al contratto di lavoro.

⁽¹⁶⁷⁾ L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro*, cit.; I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile*, cit.; I. MODICA, *Costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *Il circolo giuridico*, XXVIII, 1897, pp. 205 e ss., 237 e ss.; P. JANNACCONE, *Il contratto di lavoro*, cit.; G. VADALÀ PAPALE, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *Atti del IV congresso giuridico nazionale* (Napoli, 1897), vol. II, *Relazioni della sezione di diritto civile*, Napoli, 1899 (2. ed.), pp. 9 e ss.; C. BETOCCHI, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *ibidem*, pp. 93 e ss.; C. BETOCCHI, *Il contratto di lavoro nell'economia e nel diritto*, cit. Per una breve analisi del contributo di questi autori cfr. L. CASTELVETRI, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, pp. 246 e ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr., ad esempio, I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile*, cit. p. 114.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. L. BRENTANO, *Das Arbeitsverhältniß gemäß dem heutigen Recht*, Leipzig, 1877, pp. 182 e ss. «In der absolut unlösbaren Verbindung der Arbeit mit der Person ihres Verkäufers also besteht das wesentliche Merkmal, wodurch sich die Arbeit von allen anderen Waren unterscheidet» (pp. 185 e 186). La 'merce lavoro' si distingue

Quest'ultimo afferma di voler discutere «da giurista» il tema del contratto di lavoro e centra la sua analisi sull'esigenza di ' spostare ' l'oggetto del contratto: esso non può essere più individuato nella «attività lavorativa» della *locatio operarum* ma nel «lavoro», espressione del nuovo contratto «preparato negli ambienti operai»⁽¹⁷⁰⁾, capace di far entrare nel Codice non solo «il servizio», «il fatto singolo della prestazione d'opera», ma «la figura dell'operaio, sconosciuta fin oggi»⁽¹⁷¹⁾. Vadalà non riesce però a sviluppare questo principio e il suo discorso diventa sempre più incerto e contraddittorio: al proclama di una trasformazione completa del diritto contrattuale non fa seguire una adeguata ricostruzione sistematica, reclama una costruzione giuridica capace di esprimere

inoltre dalle altre merci poichè il suo venditore — il lavoratore — è sottoposto a delle condizioni fissate unilateralmente dal ' padrone '. Com'è noto per Bretano occorre ricorrere, più che all'intervento protettivo dello Stato, alla organizzazione degli operai in Gewerksvereine: «Sie erlangen die Verfügungsfreiheit über ihre Arbeit und über sich selbst, welche die Gesetzgebung ihnen zuerkennt und zuschreibt. Indem die Gewerksvereine die Arbeiter in Stand setzen, die nachteiligen Folgen der Untrennbarkeit der Arbeit von der Person ihres Verkäufers zu beseitigen, wird durch sie statt des Arbeiters die Arbeit zur Ware, der Arbeiter zum Menschen» (p. 293). Sul tema cfr. ancora L. BRENTANO, *Der Arbeiter-Versicherungszwang, seine Voraussetzungen und seine Folgen*, Berlin, 1881, pp. 75 e ss. Le tesi di Bretano erano particolarmente diffuse in Italia anche in seguito alla pubblicazione nella *Biblioteca dell'Economista* (serie terza, vol. XIII, 1899) di *La questione operaia*, come parte del manuale di economia politica di Schönberg. Cfr. sulle tesi di Bretano: D. LINDENLAUB, *Richtungskämpfe im Verein für Sozialpolitik. Wissenschaft und Sozialpolitik im Kaiserreich vornehmlich vom Beginn des «Neuen Kurses» bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges* (1890-1914), Wiesbaden, 1967; H. J. TEUTEBERG, *Die Doktrin des ökonomischen Liberalismus und ihre Gegner dargestellt an der prinzipiellen Erörterung des Arbeitsvertrages im «Verein für Sozialpolitik»* (1872-1905), in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (hrsg. H. Coing und W. Wilhelm), Frankfurt am M., 1977, pp. 43 e ss.; A. ROVERSI, *Il magistero della scienza. Storia del Verein für Sozialpolitik dal 1872 al 1888*, Milano, 1984.

⁽¹⁷⁰⁾ G. VADALÀ PAPALE, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, cit., pp. 19 e ss. e p. 30.

⁽¹⁷¹⁾ *Ibidem*, p. 28. È opportuno riportare per intero il passo di Vadalà per chiarire subito il suo pensiero: «Mercè il contratto di lavoro entra a far parte della codificazione la figura dell'operaio, sconosciuta fin oggi — figura dei nuovi tempi, che farà comprendere il vero lavoro libero, le vere garanzie della conservazione della forza lavoro, attualmente lasciata in dominio delle forze incoscienti e dissoltrici delle crisi, degli scioperi, e, se vuolsi, del capitale...».

«la funzione sociale del lavoro» (172) ma poi la indirizza verso esiti esclusivamente solidaristici, richiedendo l'eliminazione dei probiviri del lavoro e dei sindacati operai (173), stravolge la teoria del rischio professionale intendendola come rischio volontariamente assunto dall'operaio entrando in fabbrica (174).

La letteratura sul contratto di lavoro antecedente al contributo di Barassi esprime più una confusa esigenza di un discorso giuslavoristico che il tentativo di porvi fondamento. Lo scritto forse più noto di questo periodo, quello del 1893 di Luigi Tartufari, è, certo, più di un invito ai giuristi di porsi al passo con il «largo e fecondo» contributo sul tema del contratto di lavoro che «di continuo vengono arrecando i cultori delle scienze economiche» (175), poiché contiene una ricostruzione tecnica precisa delle manchevolezze del Codice del 1865, accompagnata da una richiesta non vaga di un intervento legislativo e da un consapevole rifiuto della 'ripugnante' interpretazione estensiva delle norme della locazione di cose (176).

Tartufari individua con lucidità, interpretando discorsi diffusi tra gli economisti, la peculiarità del contratto di lavoro: «in nessun altro caso — afferma — la prestazione oggetto del contratto si presenta così strettamente connessa alla persona che ne è il subbietto, e in nessun altro caso la persona medesima entra in modo così diretto nell'adempimento degli obblighi contrattuali; onde, fra locatore e conduttore una continuità di rapporti personali e spesso una personale dipendenza del primo verso il secondo, congiunta ad una morale ed economica padronanza di questo su quello, che negli

(172) *Ibidem*, p. 23.

(173) *Ibidem*, p. 88: «con loro (coi probiviri) si eliminerà quell'altra istituzione dei *sindacati operai* che ci offre la Francia, la quale, se può restare nell'ordinamento economico e sociale del lavoro, non deve restare per l'ordinamento giuridico del lavoro, che deve dipendere dalle norme di diritto civile informate al principio di giustizia, e non alla prevalenza di ambienti più o meno sani in ordine alle esigenze della masse lavoratrici». Il mito della 'purezza' del diritto civile, ci pare, non era proprio solo dei formalisti difensori del Codice civile, ma era patrimonio comune della cultura giuridica del periodo.

(174) *Ibidem*, pp. 81 e ss.

(175) L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro*, cit., p. 8.

(176) *Ibidem*, pp. 26 e 27.

altri contratti è affatto sconosciuta» (177). Tali elementi però sono utilizzati dall'autore non per individuare principi unitari di un nuovo settore con un suo autonomo sistema, con delle figure proprie staccate da quelle privatistiche tradizionali, bensì soprattutto per richiedere l'intervento legislativo.

Una richiesta che, per certi versi, riconferma le distinzioni che conosciamo: non si domanda una nuova normativa unitaria delle situazioni lavoristiche tale da integrare i dati 'speciali' delle leggi sociali e le disposizioni generali sul contratto di lavoro, ma ci si schiera per una codificazione delle sole disposizioni generali, lasciando alla disciplina transitoria delle «leggi speciali» tutto quanto attiene a «una manifesta disuguaglianza della posizione reciproca di contraenti» (178).

Non è la ricerca del sistema che costituisce il motivo centrale della letteratura, diciamo così, prebarassiana. Evidenziare le «nuove esigenze» e gli «antichi mali» significa per questi autori soprattutto reclamare un intervento dello Stato, mostrare l'opportunità di colmare il silenzio del Codice con l'«opera riformatrice del legislatore», «serena e benefica» (179). Non la scienza giuridica ma il legislatore, non il sistema dei giuristi ma l'intervento statale, la codificazione del contratto di lavoro, rappresentano il nucleo più solido di questi scritti.

Indubbiamente rimarchevole è al di là della perdurante separazione tra leggi sociali e Codice — la richiesta di una codificazione dei nuovi principi del contratto di lavoro, lo schierarsi per una normativa capace di considerare i fondamenti economici e sociali del 'nuovo contratto'. Si tratta di un merito non irrilevante: molte delle affermazioni sociali degli innovatori riuscivano a penetrare nel diritto comune, a svincolarsi dalle rigide forme romanistiche e dalla separazione tra giuridico e sociale. La richiesta di una codificazione del contratto di lavoro esigeva, da questo punto di vista, una valutazione congiunta dei dati della dimensione giuridica e di quelli delle discipline economiche e sociali che più avevano studiato il fenomeno delle relazioni industriali, l'emergere delle nuove figure e

(177) *Ibidem*, p. 11.

(178) *Ibidem*, p. 39.

(179) *Ibidem*, p. 37. Cfr. in tal senso anche gli scritti di Modica, Vadalà e Betocchi.

il distacco dalle concezioni del passato. Si negava per questa via la 'separatezza' del diritto civile, i suoi tempi differenziati di sviluppo e di adesione alla realtà sociale, reclamando, sia pure tra non poche incertezze, una sintesi normativa delle situazioni economiche e sociali. A dar forza alla tesi di questi autori c'era soprattutto, quindi, la richiesta della codificazione del contratto di lavoro: è solo dopo l'intervento del legislatore che si potrà affermare anche una scienza giuslavoristica.

La rottura con le insensibilità della tradizione dogmatica del passato più recente è evidente, ma sarebbe errato, a nostro giudizio, sopravvalutare il peso avuto dalla letteratura prebarassiana nella costituzione di una scienza giuslavoristica⁽¹⁸⁰⁾. Affermiamo ciò non tanto per il dato estrinseco del mancato raggiungimento dell'obiettivo della codificazione, quanto per il contrasto stridente assunto da questi scritti rispetto alle convinzioni della scienza giuridica dominante. Un contrasto che rendeva le posizioni di questi autori minoritarie, 'improduttive'. Tali scritti furono percepiti come operanti fuori dallo spazio giuridico autentico, 'vero', su cui insisteva la scienza giuridica soprattutto perchè reclamavano, 'dall'esterno', dal legislatore, una modificazione del sistema privatistico.

Il punto ci pare decisivo per evidenziare il contrasto tra l'opera di Barassi e gli scritti antecedenti. Questi ultimi si erano mossi in una direzione estranea alle certezze dogmatiche privatistiche e alla indifferenza per gli interventi del legislatore; Barassi tentò invece — con successo — di comprendere il nuovo contratto di lavoro studiandolo soprattutto con l'ausilio di quelle certezze, sforzandosi di distanziare il corso 'reale' di trasformazione del diritto privato da quello 'imposto' dal legislatore. A monte della sua ricostru-

⁽¹⁸⁰⁾ Afferma che «l'inizio vero e proprio del diritto del lavoro si ebbe in Italia con il socialismo giuridico» G. PINO, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all'inizio del secolo*, in *Politica del diritto*, XV, 2, 1984, p. 208. L'autore critica l'attribuzione del titolo di 'padre' della scienza giuslavoristica in Italia a Barassi in quanto egli conservò sempre la «precisa volontà di tener distinto il contratto di lavoro dalle tematiche economico sociale emergenti». Come vedremo nelle pagine successive riteniamo che fu proprio in virtù di quelle distinzioni che l'analisi delle nuove esigenze fu collocata nell'alveo della dogmatica che non fu, invece, scalfita dalle richieste del socialismo giuridico.

zione, non a caso, c'è la critica delle teorie favorevoli alla codificazione .

La nascita della prima, solida, riflessione giuslavoristica in Italia va guardata soprattutto come espressione delle convinzioni diffuse nella cultura dominante, come l'estremo tentativo di conservazione della ' purezza ' civilistica. Reca pochissimo i segni delle critiche del socialismo giuridico che, se furono operanti, seguirono una direzione diversa da quella immediatamente produttiva di una elaborazione giuslavoristica consapevole ⁽¹⁸¹⁾. Quest'ultima, a nostro giudizio, si affermò soprattutto in linea di continuità con le certezze culturali di fine Ottocento, con l'impianto romanistico e con quelle scelte volte a separare il giuridico dal sociale, il pubblico dal privato, i tempi di sviluppo lenti del diritto civile da quelli accelerati delle trasformazioni sociali.

V.2. Nel 1899 compare nella rivista *Il Filangieri* un saggio di Ludovico Barassi, significativamente intitolato «sui limiti della codificazione del contratto di lavoro». Pagine destinate a una non breve fortuna: furono riprodotte integralmente come parte introduttiva della nota monografica del 1901 su «il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano» e le ritroviamo ancora, con delle modifiche, nella seconda e più ampia edizione di quest'opera ⁽¹⁸²⁾. Ci pare che questo scritto possa considerarsi il manifesto della prima scienza giuslavoristica italiana, un manifesto — come vedremo — involontario: fonda l'affermazione del diritto del lavoro e la successiva individuazione di uno spazio per la scienza giuila-

⁽¹⁸¹⁾ Facciamo riferimento alle interpretazioni del socialismo giuridico come «pa-leocorporativismo giuridico italiano» e come variante riformistica della tradizione protezionistico-solidaristico-corporativistica. Cfr. G. TARELLO, *Corporativismo*, in *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer, Scienze politiche*, 1, *Stato e politica*, Milano, 1970, p. 74; P. COSTA, *Il 'solidarismo' giuridico di Giuseppe Salvioli*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4, 1974/75, pp. 475 e ss.

⁽¹⁸²⁾ Il primo volume della seconda edizione (completamente rifatta) è del 1915, il secondo del 1917. Su Ludovico Barassi (1873-1961) cfr. le poche informazioni contenute in D. BARBERO, *Ludovico Barassi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1961) e G. MAZZONI, *Ludovico Barassi*, in *Rivista di diritto del lavoro* (1961); entrambi gli interventi furono poi ricompresi come introduzione agli *Studi in memoria di Ludovico Barassi*, Varese, 1966, pp. 14 e ss.

voristica sulla negazione dell'unica certa acquisizione della letteratura antecedente, l'esigenza di una codificazione e di una lettura congiunta di giuridico, economico e sociale. Lo spazio autonomo è singolarmente affermato attraverso una sua negazione e attraverso l'esaltazione della purezza degli strumenti del civilista.

Due punti centrali possono individuarsi nello scritto: l'importanza della «distinzione tra il campo sociologico e quello giuridico» ⁽¹⁸³⁾ e la negazione di una «cristallizzazione» nel Codice del «rapporto giuridico tra capitale e lavoro» ⁽¹⁸⁴⁾ nella sua parte variabile, congiunta all'attribuzione al giurista di uno spazio ampio per l'interpretazione e per la sistematica dell'istituto nella sua parte stabile. Si tratta di aspetti inscindibili; l'affermazione del secondo punto è sorretta dalla presenza del primo, il quale era in decisa opposizione con i tentativi innovatori di ricostruzione del contratto di lavoro sino ad allora proposti.

Il primo aspetto si articola in riferimento alle leggi sociali. È una «assurda affermazione» — sostiene Barassi — dire, così come fa «qualche moderno sociologo», che il contratto di lavoro sia un prodotto dell'attuale ordinamento industriale. La «grande industria» ha indubbiamente assunto forme nuove, «ha avuto per effetto un aggravamento di talune responsabilità degli industriali e un maggior intervento dello Stato a protezione degli operai. Ma — prosegue — il contratto di lavoro, nella sua essenza, nella sua costruzione giuridica... ⁽¹⁸⁵⁾ non ha risentito di questo novello elemento... Sociologicamente influirà questa differenza... Giuridicamente si può solo notare l'aumento delle cosiddette leggi sociali, che hanno per caratteristica di non toccare menomamente l'essenza degli istituti giuridici» ⁽¹⁸⁶⁾.

⁽¹⁸³⁾ Citiamo non dal testo comparso ne *Il Filangieri* ma dalla *Introduzione* alla prima edizione de *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 2.

⁽¹⁸⁴⁾ *Ibidem*, p. 6.

⁽¹⁸⁵⁾ *L'introduzione* reca in questo punto, tra parentesi, una aggiunta rispetto al testo de *Il Filangieri*: «l'unica cosa che ci interessi in queste pagine». Barassi dà subito quindi le coordinate della sua ricerca: essa si interessa solo del 'sistema' e della 'essenza' del contratto.

⁽¹⁸⁶⁾ *Ibidem*, pp. 1 e 2. Barassi riprende sul punto la tradizione di pensiero che dicevamo volta ad espellere nel diritto pubblico le 'mutevoli' leggi sociali. Estremamente chiare su questo tema anche le affermazioni di Pietro Cogliolo (*Le alte idealità*

L'affermazione riguardo alle leggi sociali non è per noi nuova, ma quello che più conta è il riferimento deciso al contratto di lavoro. Una codificazione sarebbe opera vana, se pretendesse di disciplinare a fianco della «parte immutabile» del contratto di lavoro — parte «vera nel diritto romano, e vera ancor sempre oggi»⁽¹⁸⁷⁾, «parte di diritto privato nel senso più rigoroso del termine, concernente il libero incontro delle due volontà»⁽¹⁸⁸⁾ — anche la «parte moderna, contingente», la «parte transeunte»⁽¹⁸⁹⁾, l'«elemento variabile»⁽¹⁹⁰⁾ del contratto. Le leggi sociali, cui è attribuito il compito di regolamentare la parte moderna e sociale del rapporto, devono permanere fuori dall'analisi di stretto diritto privato; esse non producono, non toccano la «*struttura vera* che per la tecnica giuridica abbia una *vera*, l'unica importanza»⁽¹⁹¹⁾.

Le limitazioni dell'autonomia dei privati fissate dalle leggi sociali costituiscono per il giurista — ripetendo in negativo l'aggettivo tanto caro a Barassi — una parte non vera; il civilista anche in presenza di nuove normative non può che guardare al contratto di

del diritto privato (1898), in *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1910, vol. I, pp. 21 e 22) che critica il difetto delle legislazioni volte ad unire «*la parte giuridica permanente del contratto con la parte amministrativa pubblica*». «Indipendentemente — continua Cogliolo — da queste leggi sociali speciali sta la costruzione giuridica del contratto di lavoro, il quale deve avere nel Codice configurata, come per gli altri contratti, la propria figura con linee generali e schematiche, in modo da permettere che, restando essa inalterata, si provveda con mutevoli leggi speciali al progredire dei tempi e delle cose» (il corsivo è nostro). Cfr. anche C. CAVAGNARI, *Le controversie del lavoro. Note di giurisprudenza*, Milano, 1900, pp. 4 e ss.

⁽¹⁸⁷⁾ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 6.

⁽¹⁸⁸⁾ *Ibidem*, p. 10.

⁽¹⁸⁹⁾ *Ibidem*, p. 4.

⁽¹⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 16.

⁽¹⁹¹⁾ *Ibidem*, p. 11. Cfr. anche in tal senso T. BRUNO, *Locazione*, in *Digesto italiano*, XIV, 1905, p. 1163: «Si è a causa di questi nuovi rapporti che i sociologi hanno invaso il campo dei giuristi e hanno preteso di dimostrare che il contratto, che possiamo pure chiamare contratto di lavoro, era da costruire su basi del tutto nuove, con nuovi intendimenti e con metodi nuovi, mentre la verità è che il contenuto di questo contratto si riduce sempre a un semplice ordine di obbligazioni reciproche, in virtù delle quali vi è chi promette di fare e chi promette di dare. *La base giuridica*, adunque, è sempre la stessa... Tutto il resto è accessorio, talvolta utile..., ma non suscettibile di essere preso a base di ciò che chiamasi costruzione o ossatura giuridica del contratto e che si riduce pur sempre ai noti elementi subiettivi ed obiettivi del diritto classico». Il corsivo è nostro.

lavoro così come a tutti i contratti, come al risultato dell'incontro di volontà libere e uguali.

Barassi si richiama *apertis verbis* ad alcune affermazioni di Gian Pietro Chironi, a pagine che costituiscono una lucida e consapevole difesa della civilistica tradizionale e una negazione degli spazi giuslavoristici. Il giurista di Nuoro aveva affrontato, nel suo studio sulla colpa contrattuale, il tema del contratto di lavoro senza mezzi termini: «... nel diritto privato non si può immettere senza sconvolgerne il contenuto, il concetto della condizione sociale di una classe di persone» (192); ciò comprometterebbe la «vera libertà», quella «dell'uguaglianza del diritto» (193). Il civilista è ben consapevole che «l'uguaglianza così rigidamente intesa» può essere, nelle sue concrete applicazioni, fonte di materiale ingiustizia, ma il rimedio non sta nel diritto privato bensì nell'intervento dello Stato, nella «previdenza di carattere sociale» (194). Discorso che riproduce fedelmente riguardo al contratto di lavoro le convinzioni che abbiamo avuto già modo di notare: la tecnica giuridica non ha interferenze con le valutazioni della «astratta» condizione sociale effettuate dai sociologi; il giurista si appaga di una sola considerazione, quella concreta delle «condizioni di fatto in cui un contrente si trova... al momento del consenso» (195). Una costruzione unitaria dei diversi aspetti è inconcepibile, è distruttiva del rigore dei principi civilistici.

Le leggi sociali però continuano a costituire il contraddittorio supporto di questo schema: si dichiara la loro opportunità per colmare i vuoti del discorso giuridico lì dove esso diventa più stridente con la realtà sociale, ma si nega un loro apporto qualsiasi alla costituzione delle fattispecie privatistiche anche quando esse appaiono più lacunose o per nulla disciplinate del ' sapere classico '.

In Barassi, come in Chironi, la distinzione tra campo giuridico

(192) G. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, cit. p. 124.

(193) *Ibidem*, p. 125.

(194) *Ibidem*, p. 125.: «... ma queste provvidenze di carattere sociale, se, finché durano, hanno pur influenza sul diritto privato, non lo sconvolgono, non ne turbano i criteri fondamentali e cessano col cessare o con l'indebolirsi delle difficoltà che li provocarono».

(195) *Ibidem*, p. 124.

e sociale diviene una distinzione tra diritto privato e leggi sociali tra immutabile e transuente. Fondandosi su tali distinzioni, Barassi può enunciare tutti i limiti dei progetti tendenti ad una codificazione del contratto di lavoro: non si può codificare ciò che è per sua natura transeunte, non si può fissare in tecnica giuridica ciò che non può essere sottoposto ad un trattamento uniforme, ma solo ad «una saggia legislazione sociale... che non abbia la pretesa di godere l'immunità di una lunghissima vita» (196).

L'invocata regolamentazione minuziosa del contratto di lavoro da sostituire al silenzio del Codice non crea, inoltre, alcun vantaggio. Può introdurre, certo, una uniformità di diritto, ma essa verrebbe a bloccare il quotidiano lavoro della giurisprudenza, negherebbe quella libertà lasciata all'interprete dal silenzio della legge (197). Non è il caso quindi di 'cristallizzare' questa parte; qui, l'intervento del legislatore, «la fissazione di un'astratta norma di legge» non può che porsi in contrasto «con la *vita vera vissuta*» (198).

Il punto in cui Barassi ritiene invece necessario l'intervento legislativo riguarda quella che egli definisce «la parte immutabile». Si tratta quindi di riformare l'immutabile. L'ossimoro barassiano contiene la sintesi di tutte le contraddizioni del passato e gli spazi potenziali di estensione della privatistica in Italia.

Naturalmente non si deve puntare a mutamenti radicali, ma «solo (a) riforme parziali, ritocchi, estensioni di applicazione» (199).

(196) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 17.

(197) *Ibidem*, p. 6: «la giurisprudenza brancica talora nel buio, nella designazione e nella configurazione scientifica di alcuni principi e di alcune norme: ma d'altra parte è libera ne' suoi movimenti...; può seguire d'avvicino gli usi, risente immediatamente l'efficacia della pratica quotidiana». In tal senso anche C. CAVAGNARI, *Le controversie del lavoro*, cit., p. 7. Dure critiche alla utilizzazione degli usi locali nel contratto di lavoro sono effettuate da L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro*, cit., p. 36: «siffatti usi non possono che rappresentare il diritto e la volontà di coloro cui l'attuale ordinamento economico assicura nel contratto la posizione prevalente, e cioè il diritto e la volontà dei più forti».

(198) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 6.

(199) *Ivi*. In Germania Lotmar si pose dinanzi alla letteratura antecedente con un atteggiamento simile a quello di Barassi: suo obiettivo primario era la costruzione scientifica di un sistema per il contratto di lavoro che lo rendesse intellegibile con lo strumento classico del giurista. Egli richiama spesso l'analisi degli economisti, ma tiene a discostarsene con specifici riferimenti alle peculiarità tecniche del diritto (cfr., Bd. I,

Siamo nella sfera dell'immutabilità, quella puramente privatistica. È solo in questa sfera però che Barassi ritiene concepibile una vera architettura giuridica ed una conseguente codificazione del contratto di lavoro.

Occorre però effettuare ancora una fondamentale distinzione. Il compito di ben delineare la «parte immutabile» del rapporto spetta, nell'ottica di Barassi, più che al legislatore alla stessa scienza giuridica che, rielaborando i principi romanistici e il patrimonio tradizionale, deve individuare quella struttura solida, perenne, giuridica, del contratto di lavoro non fissata dal Codice: «prima di pensare alle riforme radicali — afferma — cominciamo col porre in sodo questa parte immanente, che è la lacuna assai grave del nostro Codice, ed è così ignorata da coloro che più alto sventolano il vessillo delle riforme» (200). È in questa prospettiva che si muove l'intero tentativo ricostruttivo di Barassi, ed è grazie a questa ricerca che l'Autore riesce a fissare alcune linee del sistema giuslavoristico che costituiranno riferimento non eludibile del dibattito di quegli anni e non solo in quello.

Il giurista ricerca principi più ampi di quelli romanistici ma che siano un inveroamento di questi; ricerca una struttura che non possa essere scossa dalla «smania innovatrice» e dalle «trasformazioni violente» (201). Ricerca, insomma, principi di diritto privato. Capaci di assecondare la sua 'intima natura', di rispettare i suoi tempi di trasformazione; tempi lenti, così lenti da risultare immutabili (202).

pp. 41 e ss.; pp. 473 e ss.). Le relazioni lavoristiche, insomma, possono per Lotmar essere comprese giuridicamente soltanto nell'ottica offerta dal tradizionale diritto delle obbligazioni. Ph. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reichs*, Leipzig, Bd. I, 1902, Bd. II, 1908. Per dei riferimenti alla letteratura antecedente a Lotmar cfr. A. SÖLLNER, *Der industrielle Arbeitsvertrag in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, (ed. W. Wilhelm), Frankfurt am M., 1972, pp. 288 e ss.

(200) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 7.

(201) *Ivi*.

(202) L'immagine di uno sviluppo 'lentissimo' dei principi fondamentali del diritto civile viene spesso, in omaggio all'evoluzionismo, a sostituire quella di una loro 'immutabilità'. Cfr., ad esempio, G. P. CHIRONI, *Sociologia e diritto civile*, cit., p. 13: «vi hanno nel diritto principi adattantisi a qualunque tempo, a qualunque condizione, e dirò più esattamente, che sono soggetti meno degli altri e lenta evoluzione.»; G. P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto*, cit., p. 22: «Nel movimento continuo i nuovi aspetti

Il discorso di Barassi diviene efficace, e riuscirà a produrre quell'approccio sistematico al contratto di lavoro che era mancato alla letteratura precedente, proprio attraverso la rottura dei tentativi ' ibridi ' del passato e attraverso il reinserimento del tema nella ' purezza ' civilistica. Riformare, quindi, delineare, individuare l'immutabile. Si afferma attraverso questo contrasto uno spazio che non esitiamo a dire giuslavoristico, e si afferma attraverso la negazione del suo oggetto giuridico-sociale e la fissazione di un oggetto che vuole essere esclusivamente giuridico. Solo la negazione del ' doppio oggetto ' può fornire una possibilità ricostruttiva, può permettere al giurista di tracciare le linee del sistema.

Barassi fa convergere nel suo assunto metodico quanto la cultura giuridica aveva palesato in riferimento alle leggi sociali, si appropria di certezze e di convinzioni estremamente diffuse e le indirizza nell'unico senso produttivo, nell'unica direzione che poteva essere accolta dalla scienza giuridica ufficiale: quella sistematica e dogmatica. Un discorso giuslavoristico che voglia nello stesso tempo dirsi giuridico potrà aversi solo in una continuità assoluta con le certezze della civilistica, con il suo evoluto sapere, e potrà aversi solo rompendo ogni legame con le ricostruzioni sociali dell'immediato passato.

È l'azzeramento della prospettiva del socialismo giuridico, ma è anche l'avvio di una riflessione non marginalizzata, la base per una trattazione scientifica completa della materia lavoristica.

La scelta di campo è presentata come definitiva e netta: ricostruzione di un sistema giuslavoristico, privatistico, senza riferimento alcuno agli elementi variabili, alla superficie del giuridico regolamentata dalle leggi sociali, ai fatti che si affiancano per un momento alla struttura portante del sapere privatistico senza lasciarvi un segno ed elaborazione sistematica, invece, dei rapporti stabili, permanenti tra capitale e lavoro, cercando di carpirne l'essenza, il nucleo ' immodificabile '. Il giurista si affida ai dati

del diritto corrispondono alle nuove convinzioni, ma le idee fondamentali rimangono perchè intorno ad esse si compie l'evoluzione...». Il contrasto tra le professioni di fede evoluzioniste di parte della dottrina civilistica e la tenace difesa della ' immodificabilità ' di taluni istituti fondamentali è spesso solo apparente.

‘duri’ e con essi cerca di comprendere i fatti della società industriale, è convinto infatti che non si possano effettuare costruzioni giuridiche inseguendo con un ‘nuovo diritto’ ogni minima trasformazione del sociale. La rivoluzione industriale, d’altronde, non ha prodotto il contratto di lavoro e non è possibile inventare una struttura giuridica di tale contratto *ex novo*.

In sostanza, il diritto del lavoro nasce in Italia all’insegna del distacco dalla nuova realtà sociale, dalla convinzione dell’impossibilità di tradurre *immediatamente* nel giuridico le relazioni industriali, dalla negazione della ‘confusione’. Un accostamento teorico al tema che poteva sostenersi solo in virtù di quelle attribuzioni di diverso valore al materiale normativo sottoposto al giurista, di quella implicita gerarchia — fissata non da leggi ma dalla mentalità della scienza giuridica — tra costituzione privatistica e leggi sociali, tra norme ‘vere’ e norme transeunti-pubblicistiche. Ed è proprio guardando a questa tradizione, a queste convinzioni, che la scelta di Barassi è vincente. Egli esalta le divisioni, nega la possibilità di un lavoro comune tra il giurista, il sociologo e l’economista; nega anche una interpretazione della ‘parte essenziale’ del fenomeno lavoristico pronta a considerare le diverse dimensioni. Non a caso insiste nel sottolineare che il suo discorso verte sull’‘immutabile’ parola che i civilisti, che avevano dimestichezza con concetti utilizzati da duemila anni, pronunciavano senza alcun pudore storicista, ben convinti della sua operatività.

Cerchiamo di chiarire meglio cosa intende per ‘immutabile’ Barassi e in che senso egli apra finalmente, nonostante o proprio in virtù di tale argomento, uno spazio per la scienza giuslavoristica.

L’istituto della locazione di opere — afferma — «s’è andato svolgendo in un movimento notevole senza trasformarsi nella sostanza» (203). La sostanza rimasta «intatta» è naturalmente quella offerta dal «diritto immortale», dalla concezione romanistica che «l’opera provvida del movimento evolutivo» (204) non ha potuto

(203) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 32. Cfr. le osservazioni della nota precedente.

(204) *Ivi*. Anche i così detti riformatori non esitano, però, a richiamare «la purezza e la semplicità scultoria dei principi di diritto romano in tema di locazione d’opera». E. GIANTURCO, *Sul contratto di lavoro*, in *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, 1947, p. 272.

rivoluzionario. La immodificabilità della sostanza non relega però l'opera dell'interprete in uno spazio angusto, tutt'altro.

Il «gran merito del diritto romano» sta proprio infatti nell'«aver dato alla più gran parte dei suoi istituti una elasticità tale da renderli sempre accetti, sempre rigogliosi di vitalità fino ad oggi» (205). È quanto, secondo Barassi, non hanno compreso i critici del diritto romano, ed è invece il principio fecondo su cui deve fondarsi l'opera del giurista. La parte immodificabile quindi non imprigiona l'interprete nella contemplazione di una forma rigida e sempre uguale, ma gli fornisce, anzi, in virtù della sua elasticità uno spazio ampio di indagine in cui la fantasia del giurista non esegeta può ricercare la parte stabile delle relazioni individuali e sociali. Un'indagine che non potrà che essere lontane dai dati epidermici e sempre a contatto con l'essenza 'vera' del giuridico: «non dobbiamo soffermarci — scrive — a criteri meramente esteriori e formali, ma andando fino in fondo col coltello anatomico del giurista coscienzioso cercare nelle fattispecie quegli elementi di fatto da cui si desume l'indole vera del contratto: questo è il sistema più opportuno e sicuro» (206).

Lavorando quindi sulla parte essenziale del contratto e tramite l'elasticità dei concetti giuridici si potrà dare una struttura 'vera' alle relazioni lavoristiche, anche a quelle 'nuove' e ai fattori sociali che parevano del tutto tagliati fuori dal discorso giuridico. Barassi torna ripetutamente a sottolineare la elasticità dei principi utilizzati nella costruzione del contratto di lavoro: il concetto di «dipendenza» — il tratto fondamentale individuato dall'autore per distinguere la *locatio operis* dalla *locatio operarum* e per aggregare i tratti multiformi de 'i contratti di lavoro' è «molto elastico, vario» (207);

(205) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 30.

(206) *Ibidem*, p. 50.

(207) *Ibidem*, p. 34. Cfr. anche L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, 2. ed., vol. I, pp. 597 e ss. Per una attenta analisi della subordinazione nell'opera di Barassi si rinvia a L. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 1967. L'autore sottolinea che la nozione di contratto di lavoro subordinato «rappresenta il punto di incontro, e di compromesso, tra la tradizione civilistica, insensibile prima che ostile verso la realtà che si muove sotto le norme e i dogmi, e la normativa lavoristica, tutta rivolta invece alla considerazione del dato economico e sociale» (p. 75). Nel concetto barassiano della subordinazione si individua quindi il

l'elemento della direzione del lavoro da parte del conduttore d'opera è, anch'esso, «un concetto eminentemente elastico» per cui il requisito della direzione potrà rintracciarsi anche lì dove essa sia di «proporzioni minime» (208); ed è nella «elasticità del concetto di diligenza del buon padre di famiglia» che «sta il segreto della vitalità che questo istituto ha ancor oggi» (209). Non solo: è in riferimento ad una norma di contenuto elastico — l'art. 1124 del codice civile — che l'autore riesce ad effettuare una ricostruzione delle obbligazioni del creditore di lavoro più ampia rispetto all'unica obbligazione tipica fissata dalla legge (art. 1570), il pagamento della 'mercede'.

Il modo con cui è svolto quest'ultimo punto esprime bene il procedere di Barassi: si afferma decisamente che l'unico obbligo scaturente dal contratto per il datore di lavoro è il pagamento della 'mercede' e si negano le interpretazioni che — come abbiamo accennato — tentavano di risolvere, tramite la responsabilità contrattuale e ardite applicazioni analogiche dei principi della locazione di cose alla locazione di opere, il problema degli infortuni sul lavoro. Ma Barassi, poi, giunge a innovare comunque il principio tradizionale ponendo il contratto di lavoro «sotto l'egida della bona fides» e riuscendo così, tramite l'articolo 1124, a porre nel contenuto dell'obbligazione «una parte la quale non è o almeno non è sempre il risultato dell'accordo vero e proprio delle parti, ma una

contraddittorio punto di unione tra esigenza dogmatica di salvaguardare la tradizione civilistica e l'esigenza di un riammodernamento delle fattispecie privatistiche necessitanti un recupero degli elementi sociali. Non ci pare però che si possa parlare di «incongruenze», di «contraddizioni», di «difettoso procedimento logico» (pp. 125 e ss.) in Barassi. La sua negazione di un discorso giuridico coinvolgente le leggi speciali e gli aspetti economico sociali non contraddice la successiva utilizzazione dogmatica degli elementi metodologicamente negati. Quello che interessa a Barassi, infatti, è difendere l'autonomia privatistica e negare, quindi, ogni ingerenza dell'intervento dello Stato sulle fattispecie civilistiche. Negata — attraverso anche la negazione dei discorsi sociali che sostenevano l'intervento dello Stato — l'ingerenza delle normative pubblicistiche nel diritto privato, Barassi può considerare da un punto di vista puramente civilistico la nuova realtà sociale e assorbirla, senza alcuna contraddizione, nei concetti tradizionali. Le contraddizioni intervengono nel discorso di Barassi solo nel momento in cui egli riconosce l'efficacia anche nel diritto privato delle leggi sociali (cfr. *infra* V.3.).

(208) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., I ed., p. 38.

(209) *Ibidem*, p. 549.

inserzione nell'orbita del contratto, opera dell'equità cui la legge rimette l'ulteriore regolamento del contratto di lavoro» (210).

Il riferimento all'art. 1124 è uno dei tratti essenziali dell'opera sistematica di Barassi, uno strumento indispensabile per «rinsanguare» gli istituti giuridici, per far sì che «vi penetri la corrente fresca e vitale della corrispondenza alla vita» (211). Il lavoro sistematico svolto utilizzando i concetti elastici dà la possibilità di creare con gli strumenti antichi, imm modificabili, della civilistica una teoria giuslavoristica sui silenzi del Codice.

La prospettiva è sempre quella del «sapere depurato» del formalismo ottocentesco con le sue negazioni della condizionalità storico-sociale del diritto e l'attribuzione di una sorta di puchiana 'missione creativa' alla scienza giuridica (212). L'aspirazione a un contatto più stretto con la realtà sociale e il richiamo ai valori della vita e della concretezza si esprime non in antitesi, non in 'rivolta' contro il formalismo ma nel suo alveo. L'immutabilità dei concetti giuridici non è messa in discussione ma è resa, ancora una volta, produttiva, capace di autoriprodursi e di fornire, osservando solo la struttura essenziale dei nuovi fenomeni, la risposta per ogni esigenza.

La negazione della commistione tra sociale e giuridico mostra però in tal modo il suo volto positivo e fa emergere in seno alla civilistica un approccio, spesso discutibilissimo nei suoi contenuti, nelle sue scelte e nelle sue manchevolezze (213), che non può non

(210) *Ibidem*, pp. 497 e ss., in particolare pp. 548 e ss.

(211) *Ibidem*, p. 559. Cfr. anche L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, 2. ed., vol. I, p. XXXIX: «Io non so quali norme dettagliate, sia pure sapientemente escogitate, avrebbero potuto raggiungere meglio lo scopo loro di questa norma (l'art. 1124)..., vero polmone ossigenatore attraverso il quale, come fu felicemente detto da Polacco, tutto il nostro diritto privato codificato respira largamente conservando intatta la propria vitalità. Con questo articolo non vi è novella esigenza, recente aspirazione che non possa subito penetrare nel contratto: cosa si vuole di meglio?».

(212) Cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1964 (ed. orig. Berlin, 1960); W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974 (ed. orig. Frankfurt am M., 1958); M. PORZIO, *Formalismo ed antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, Napoli, 1969; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, cit.

(213) Nella prima edizione c'è una totale assenza di riferimenti al fenomeno della contrattazione collettiva. Cfr., invece, nella seconda edizione vol. I, pp. XLIII e ss.; vol. II, pp. 41 e ss.

dirsi — nel momento in cui piega con disinvoltura le fattispecie tradizionali per adeguarle alle nuove situazioni — giuslavoristico. L'unità di sociale e giuridico, negata in sede metodologica, emerge come tratto indispensabile del discorso che si proclama ancora puramente dogmatico allorchè il giurista, contrapponendo i suoi concetti elastici alle norme rigide, assorbe nello stesso nucleo dogmatico 'puro' gli elementi dapprima negati ⁽²¹⁴⁾.

La ricerca della letteratura di fine Ottocento di uno spazio giuslavoristico si conclude, a nostro giudizio, nell'opera giuridica di Barassi, che stravolge, devitalizza, sul piano metodologico molti dei precedenti contributi ma fornisce finalmente quello spazio reclamato. Il nuovo diritto si afferma nella dogmatica senza rivoluzione, senza strappi bruschi nella cultura tradizionale, e si afferma in uno spazio limitato, ottenuto non contro il diritto romano e la scienza giuridica ufficiale ma ancora per riconfermare la validità del diritto romano e le capacità di comprensione della scienza giuridica.

Il filo rosso che guida la ricerca di Barassi e spiega la tortuosità del suo itinerario, sta proprio in quella che dicevamo la volontà di conservare la purezza civilistica, di ribadire le capacità di comprensione del sapere classico senza riferimento alcuno alle forme di intervento dello Stato: dal discorso privatistico — si afferma

⁽²¹⁴⁾ Nella seconda edizione Barassi può così sottolineare come il lavoro sistematico della dottrina, indotto dalla scarsa normativa codicistica, avesse portato a dei risultati coincidenti con quelli ottenuti tramite una utilizzazione accorta del metodo sociologico. Richiama Sinzheimer per notare come il compito della scienza giuridica sia quello di seguire «i nuovi fenomeni che vanno assumendo vita, per trovare ad essi una espressione giuridica» ed aggiunge, con notazione che apparentemente poco si intona alla sua metodologia: «Se c'è un campo in cui giuristi ed economisti debbono darsi la mano è proprio questo del lavoro: non più analisi astratta del fenomeno del lavoro in base ai puri testi di legge ma esame di esso nella sua vita palpitante. Bisogna con ciò ossigenare i testi di legge» (*Il contratto di lavoro*, 2. ed., vol. I, p. 451). L'analisi giuridica 'pura', posta a contatto con la vita, poteva aprirsi a riconoscere l'«importanza» del nuovo «metodo giuridico-economico» (cfr. *ibidem*, p. 451). L'apertura al sociale è per Barassi nel sistema; non a caso egli insiste nel rivendicare il suo contributo all'abbattimento della «esegesi arida, fredda, astratta dei testi di legge» (*ibidem*, XLV). All'iniziale scelta per la separazione tra giuridico e sociale Barassi fa quindi seguire una ricostruzione che non esita a richiamarsi ai dati della scienza economica e della sociologia. La purezza dogmatica affermata in partenza — contro 'l'ingerenza' del legislatore — non è confermata in arrivo. Il puro giurista lascia il posto al giuslavorista.

ripetutamente — «esula» il riferimento ad «ogni ingerenza coattiva dello Stato»⁽²¹⁵⁾. La sistematica puramente civilistica delle relazioni lavoristiche e l'espulsione delle leggi sociali nel diritto pubblico rappresentano un tentativo estremo di leggere la nuova, complessa, realtà sociale coi soli strumenti del privatista, conservando inalterate le linee tradizionali, l'autonomia e la ' costituzionalità ' del diritto civile; un tentativo generoso, poichè condotto in una ' terra di confine ' del diritto privato e in riferimento ad istituti comprensibili soltanto mediante un consapevole abbandono delle tecniche pure della civilistica; un tentativo che solo nel lungo periodo si sarebbe rivelato perdente, necessariamente perdente, di fronte ad una transitorietà dell'intervento sociale dello Stato destinata a trasformarsi in un elemento stabile che la stessa civilistica non poteva più ignorare nella sua sistematica, e di fronte all'accentuarsi delle ' anomalie ' delle relazioni lavoristiche collettive sempre meno collocabili nelle tradizionali gerarchie.

V.3. Lo scontro tra le antiche convinzioni e il complicarsi della realtà istituzionale e sociale impresso nei primi decenni del secolo incertezze e contraddizioni acute nell'opera dei giuristi. Possiamo scorgere nella seconda edizione de *Il contratto di lavoro* di Barassi.

Segnaliamo tale aspetto non perchè esso mostri una nuova fase, un nuovo periodo nella produzione del nostro autore — non siamo di fronte, insomma, a un ' secondo ' Barassi —, ma semplicemente per indicare come il modello tracciato alla fine dell'Ottocento rimase sostanzialmente invariato, malgrado la presenza di nuove consapevolezze e l'introduzione di possibili complicazioni teoriche di rilievo. Va detto che i nuovi elementi *potenzialmente* erano in grado di ' distruggere ' il modello dell'autonomia giuslavoristica fondato sulla purezza civilistica; in realtà, invece, essi introdussero solo contraddizioni, incertezze sistematiche nel discorso di Barassi, un discorso la cui costruzione di fondo, le cui strutture più durature erano ancora quelle del ' primo Barassi '.

E veniamo alla seconda edizione. L'introduzione si conclude sempre con il riferimento ad un diritto privato — alla parte del

(215) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, I ed., cit., p. 17; 2 ed., p. XLVI.

contratto di lavoro «che si attiene strettamente al diritto privato» (216) — senza rapporti con le leggi sociali transitorie e l'ingerenza coattiva dello Stato. Il punto di avvio dell'analisi lavoristica non era e non poteva essere abbandonato, pena la distruzione della solida base su cui si erano fondate le scelte del giovane civilista quindici anni prima. Ma il filo conduttore ora non può più ravvisarsi in questo principio la cui applicazione rigorosa è turbata da molti ripensamenti esplicitamente, e contraddittoriamente, dichiarati: «non mi pare che... — afferma — si possano assegnare queste norme di cui consta la legislazione sociale tutrice del lavoro, al diritto pubblico, come invece ho creduto di poter sostenere altre volte. Infatti se una norma categorica che rappresenta sempre l'intervento coattivo dello Stato, e l'esclusione dell'autonomia individuale, perciò solo si dovesse assegnare al diritto pubblico, quante norme di diritto pubblico non sarebbero comprese in quello che è vero diritto privato?» (217).

Tale affermazione — nascosta in una nota e presentata dal nostro autore come un innocuo riconoscimento di una lievissima colpa giovanile — contiene, come dicevamo, potenzialmente il completo smantellamento, la completa distruzione teorica del precedente modello del nostro giurista. È infatti l'accoglimento dell'argomento, sempre respinto in passato, per cui la stessa struttura puramente — tradizionalmente — privatistica contiene in sé non poche limitazioni dell'autonomia dei privati; si riconosce che l'ordinamento civilistico, se considerato come espressione delle sole determinazioni della volontà delle parti ed in modo esente da influenze, da 'coazioni' esterne (sociali, statali), non è che una parte e non tutto (e il vero) diritto privato.

Il ripensamento non è di poco conto (218). L'opposizione netta

(216) *Ibidem*, 2. ed., p. XLV.

(217) *Ibidem*, p. 330. Argomenti simili — come sappiamo — erano stati avanzati, senza successo, molti anni prima da Tortori.

(218) Non si possono in questa sede rilevare le molte differenze presenti tra la prima e la seconda edizione de *Il contratto di lavoro*. Alla presenza nella seconda edizione di un'ampia analisi della contrattazione collettiva abbiamo già accennato; un rilievo fondamentale ha in questa edizione il tema dell'inseparabilità del lavoro dalla persona del lavoratore, tema che — a dire dello stesso Barassi — costituisce il motivo conduttore della sua trattazione (2. ed., vol. I, p. 459). Sul punto un'influenza

alla ' confusione ' tra sociale e giuridico, tra leggi sociali e diritto comune, tra norme vere, privatistiche, e norme transitorie, pubblicistiche, era stata fondata infatti principalmente su quell'argomento. L'esigenza di sistematizzare nella cultura privatistica tradizionale i nuovi dati del sociale, prescindendo da un pericoloso confronto con l'intervento di ' garanzia ', ' protettivo ', ' riequilibratore ' delle leggi sociali, era stato il motore della ricostruzione operata a fine secolo; una ricostruzione che esigeva come suo presupposto fondamentale l'espulsione degli elementi estranei alla purezza civilistica.

Il diritto del lavoro barassiano era la risposta positiva, ' offensiva ', della civilistica al fenomeno del mutamento sociale, era un tentativo vasto di comprensione affidato agli elastici concetti romanistici, alle figure consuete della dogmatica che venivano tese fino allo spasimo per ricomprendere i nuovi dati. La nascita del settore giuslavoristico come *species* del diritto civile voleva soprattutto tutelare i centri vitali del discorso civilistico: la difesa dal contatto con ' l'anomalia ' dei nuovi rapporti sociali e la espulsione dal puro diritto civile di ogni elemento ad esso estraneo erano stati i fondamenti teorici della ricerca di una struttura giuridica delle relazioni lavoristiche da parte della dogmatica tradizionale. Essa si rinnovava per avere riconferma dell'immutabilità dei suoi strumenti di indagine, della sua capacità di ricomprendere nella sua rete concettuale tutti i dati — anche quelli nuovi della società industriale — della realtà fattuale senza dover tener conto delle ' storture ' introdotte nelle fattispecie privatistiche dagli interventi speciali dello Stato.

Il riconoscimento, invece, di una operatività dell'intervento sociale dello Stato sulla stessa ' essenza ' della struttura privatistica metteva in crisi l'originario impianto pancivilistico. Era una testimonianza importante, della sconfitta — o, meglio, della futura sconfitta — del primato del diritto civile e del suo ruolo di nucleo costitutivo intangibile del giuridico. Era anche una sconfitta della tesi dei tempi separati di sviluppo del diritto privato, della sua ontologica lentezza, non suscettibile di essere trasformata ad opera

notevolissima è quella delle ricordate teorie di Brentano (cfr. 2. ed., vol. I, pp. 23 e ss.; pp. 452 e ss.).

del legislatore. Il settore giuslavoristico non era più pensabile come prodotto di una volontà 'creativa' del giurista e della sola sua capacità di piegare gli immortali concetti classici alle nuove esigenze della vita; esso era anche la risultante della crescente attività legislativa che non poteva essere relegata nel solo settore pubblicistico.

Se tali sono le potenzialità distruttive che l'interprete può leggere nella 'innocua' affermazione di Barassi, occorre però ribadire che i nuovi elementi non modificarono le linee di fondo della costruzione del Nostro. Non siamo di fronte, quindi, ad un abbandono della purezza civilistica, nè ad una tardiva confluenza con le teorie avanzate dagli innovatori degli anni Novanta.

Gli intenti programmatici, del resto, rimangono palesemente quelli che avevano caratterizzato la ricostruzione giuridica agli inizi del secolo. È sufficiente scorrere l'ampliata introduzione e scorgere alcune 'aggiunte' per rendersene conto: dagli sprezzanti attacchi alle analisi poco giuridiche — «giudizi usciti da cervelli in cui diritto e sociologia si sono trovati nella più ibrida mescolanza: cosicché non si sa se siano giuristi che si impancano a sociologi o sociologi che si atteggiavano a giuristi»⁽²¹⁹⁾ — alle incongruenti riproposizioni delle contrapposizioni tra «elementi fondamentali», «invariabili»⁽²²⁰⁾ e leggi speciali e così via.

È significativo inoltre che Barassi non cerchi in alcun modo di appianare le contraddizioni introdotte dalle nuove consapevolezze nelle sue pagine e di inserire ulteriori complicazioni nella sua analisi civilistica. Quando, talvolta, tenta di farlo, i nuovi dati finiscono per essere funzionalizzati ad uno schema interpretativo che riconferma sempre le stesse 'verità', gli stessi 'immodificabili principi': Barassi infatti inserisce nel suo sistema ogni nuovo dato come estensione 'all'infinito' della stessa 'sostanza'. Anche in presenza di nuove normative il giurista può quindi ancora ripetere a chiare lettere: «la sostanza è sempre quella *non muta*: è questione di retta intelligenza nella applicazione dei principi»⁽²²¹⁾. La scelta di fine Ottocento continua, nonostante tutto, a dar forma alla parte essenziale del discorso del nostro giurista.

⁽²¹⁹⁾ *Ibidem*, vol. I, p. XXII.

⁽²²⁰⁾ *Ivi*.

⁽²²¹⁾ *Ibidem*, p. 392.

Rimaneva, d'altronde, nell'intera civilistica la difficoltà di ricomporre una unitarietà dei principi 'smembrati' dalle leggi speciali e restava ancora saldo — anche in una civilistica caratterizzata da nuove consapevolezze — il mitico riferimento alla purezza del sistema, la ricerca di principi universalmente validi, la certezza di possedere di già la chiave di volta per la comprensione di tutte le relazioni sociali.

Le incertezze sistematiche di Barassi non rappresentano, quindi, né una rottura netta con le convinzioni del passato — che avrebbero continuato a segnare l'opera —, né un caso isolato. Al contrario, la sua incapacità di trovare una sintesi tra utilizzazione 'pura' dell'eredità dogmatica classica e la fattualità dell'organizzazione del lavoro, con le sue crescenti normative speciali, divenne sempre più l'espressione di una contraddizione di fondo che avrebbe segnato a lungo la nuova scienza.

Nelle pagine successive ci spingeremo cronologicamente sino al fascismo e metteremo in luce alcune 'complicazioni' del modello fin qui tracciato. Non abbiamo evidentemente la pretesa di fornire al lettore una visione completa delle rappresentazioni elaborate dai giuristi in questi anni a proposito delle relazioni lavoristiche. Ci interessa soltanto cogliere alcune linee di continuità dell'impianto teorico fin qui descritto, mostrando alcune 'complementarietà' del modello giuslavoristico individualista-barassiano su cui ci siamo sin qui soffermati.

VI. Tramite le leggi sociali un'idea si consolidò, sostanzialmente incontrastata, negli ambienti giuridici: quella dell'intervento dello Stato sulla società civile. Il punto reale di scontro, il luogo in cui le resistenze permanevano, non riguarda il dilemma intervento/non intervento, bensì quello — come abbiamo visto — del grado di incidenza dell'azione dello Stato sul diritto privato. Sul punto la cultura giuridica si divide prima profondamente per articolare, poi, una strategia mirante, in un primo momento, ad espellere le leggi sociali dal diritto civile e a negare ogni loro contatto con la parte costituzionale del sistema, e, in un secondo momento, ad inglobare i nuovi dati del sociale nelle certezze giuridiche 'di sempre' con riferimenti solo eccezionali all'azione dello Stato e alle leggi sociali transeunti.

L'opera di Barassi segna, in questo contesto, la linea direttrice più significativa, la continuazione più fertile del modo di rapportarsi alle trasformazioni sociali emergente nella cultura giuridica a partire dagli anni Ottanta.

Si possono naturalmente individuare, agli inizi del Novecento, letture che si accostarono alla distinzione tra giuridico e sociale, tra privato e pubblico in maniera differente da come aveva fatto Barassi. Ma le linee direttrici qui menzionate ed il modo di essere delle dicotomie classiche restavano, ci pare, anche in queste altre letture un punto obbligato di riferimento, rappresentavano la loro carsica corrente ispiratrice. Le distinzioni operate a fine secolo rappresentano infatti parte integrante del patrimonio culturale anche dei giuristi che avevano posizioni sociali più avanzate, che proponevano nuove metodologie per la civilistica, avevano consapevolezza delle nuove funzioni dello Stato ed erano meno propensi ad esaltare le immutabilità del diritto privato.

Un esempio di compresenza di tali motivi contrastanti nell'opera di uno stesso autore si ha, a nostro giudizio, negli scritti giovanili di Francesco Carnelutti.

V.1. Nel 1913, introducendo una sua raccolta di interventi in materia di infortuni sul lavoro, Carnelutti esprimeva la sua insoddisfazione per lo stato della dottrina giuridica riguardo alle leggi sociali. Non si può — affermava —, ponendo al centro della sua attenzione la divisione tra pubblico e privato, continuare a considerare la legislazione sociale «come una specie di terra infeconda, la quale non meriti il lavoro dei maestri. È tempo di snebbiare quella comoda imprecisione intorno al carattere privatistico o pubblicitico del suo contenuto... »⁽²²²⁾. Le leggi sociali — continuava — vanno assunte al centro del discorso del civilista poiché esse hanno la capacità di mostrare le incrinature presenti nelle vecchie strutture e la nascita dei nuovi principi. Occorre che gli interpreti comprendano che l'intero sistema civilistico non può essere più costruito senza far riferimento ad esse e che effettuino, quindi, uno studio

⁽²²²⁾ F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, cit., p. VIII.

paziente di coordinamento e di sintesi tra le loro norme e quelle del diritto comune ⁽²²³⁾.

Tali affermazioni non intendevano arrestarsi al problema degli infortuni, ma implicavano una precisa richiesta alla scienza giuridica, «imperturbabilmente borghese», di un atteggiamento più attento nei confronti dei «problemi giuridici del lavoro» ⁽²²⁴⁾.

Le pagine di Carnelutti si presentano come una decisa opposizione alle incertezze riguardo alla natura giuridica delle leggi sociali; propongono una consapevole apertura della sistematica civilistica all'influenza dell'intervento riformatore 'speciale' dello Stato e l'abbandono degli schemi divisorii tra giuridico e sociale, tra privato e pubblico, tra norme transitorie e norme immutabili. Carnelutti accompagna alle dichiarazioni programmatiche l'analisi concreta delle nuove fattispecie: indica come con la legge sugli infortuni sia mutato l'inquadramento scientifico della responsabilità e del contratto di lavoro ⁽²²⁵⁾; si spinge ad analizzare dettagliatamente campi molto lontani da quello direttamente riformato, come, ad esempio, quello delle successioni. Anche in questo settore — afferma — la normativa della legislazione sociale ha aperto un varco nei principi del Codice e ha preannunciato le linee di un nuovo sistema, superando nell'attribuzione dell'indennità i limiti della famiglia legittima per considerare la concretezza dei rapporti di dipendenza economica e le situazioni di bisogno create dall'infortunio ⁽²²⁶⁾.

⁽²²³⁾ Cfr. *ibidem*, pp. VIII e ss.; e F. CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, cit.

⁽²²⁴⁾ F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, cit., p. XII.

⁽²²⁵⁾ F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, cit., p. IX; nonché F. CARNELUTTI, *Sul concetto di operaio nella legge sugli infortuni*, in *ibidem*, pp. 45 e ss.

⁽²²⁶⁾ Cfr. F. CARNELUTTI, *Il diritto dei superstiti nella legge sugli infortuni*, in F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, cit., vol. II, pp. 123 e ss. L'analisi verte sull'art. 10 del testo unico del 1904 che aveva modificato il testo della legge del 1898 (n° 5 dell'art. 9) ispirato ancora ai criteri del diritto comune. Per una critica al sistema della legge del 1898 su questo punto cfr. U. GOBBI, *I diritti di successione e la legge sugli infortuni del lavoro*, in *Monitore dei tribunali*, 1900, 1, pp. 3 e 4.

Secondo il nuovo articolo i successori nell'indennità non potevano essere altri che quelli fissati dalla legge (restava esclusa quindi la possibilità di disporre diversamente per volontà testamentaria); la designazione legale dei successori, inoltre, seguiva un criterio diverso da quello fissato nel Codice, varcando i limiti della famiglia legittima. Carnelutti parla, in proposito, di «un istituto successorio speciale» (p. 174) contenente,

Bastano questi pochi rilievi a mostrarci un approccio diverso da quello di Barassi. Nelle pagine di Carnelutti l'esigenza di organizzare il sistema giuridico è successiva alla lettura dei nuovi dati normativi, il sistema del giurista non elimina il riferimento alla legge speciale, ma lo esalta, nel tentativo di renderlo primo elemento di una costruzione civilistica più ampia.

Le divisioni barassiane paiono del tutto superate: le riforme coinvolgono necessariamente l'intero diritto civile e compito dell'interprete non è quello di rallentare le trasformazioni, ma di renderle più evidenti, preannunciando nel suo ampio e rinnovato sistema il diritto dell'avvenire di cui le leggi sociali sono, nel linguaggio di Carnelutti, il germe fecondo.

Si può certo rilevare che simili affermazioni sono riscontrabili anche nelle pagine degli innovatori, ma il discorso carneluttiano ha, ci pare, nuovi dati rilevanti: la volontà di sistematizzare le normative sociali, l'impianto rigorosamente tecnico e l'intento di rinnovare la tradizione agendo dal suo interno, senza rifiutare l'antico sistema, senza attendere un nuovo, organico, Codice sociale. Il giovane Carnelutti non ama le vaghezze e le generalizzazioni sociologiche; se tante 'fumosità' pure è dato di riscontrare nella sua opera giovanile, esse sono attribuibili alla puntigliosità del giurista che spesso si fa esegeta o alla sua tensione ossessiva verso l'armonica completezza del sistema. Carnelutti, insomma, si presenta come un 'puro' civilista e ciò lo accomuna a Barassi.

La differenza più ampia con la posizione di Barassi sta — come dicevamo — nella valutazione dell'intervento speciale dello Stato. Per Barassi, come sappiamo, da relegare il più possibile in una sfera necessaria ma transeunte, mai incidente sul vero diritto privato; per Carnelutti, invece, strumento indispensabile di una trasformazione non delimitabile nel solo ambito pubblicistico, primo segno tecnico di un mutamento realizzantesi anche nel diritto privato.

Entrambi gli autori convengono sull'opportunità di adoperare strumenti speciali di intervento sul sociale, ma diversa è l'incidenza di tale intervento sul sistema privatistico, diversa l'enfasi che i due

«per chi ami aguzzare lo sguardo in cerca di traccie segrete del diritto futuro, un segno pur minuscolo ma prezioso d'una impressionante trasformazione nei concetti fondamentali del diritto privato» (p. 159).

autori gli attribuiscono. La spesso ingenua difesa barassiana dell'assoluta autonomia privatistica è gravida di scoperti legami con la civilistica degli anni antecedenti. Il discorso di Carnelutti appare invece più complesso ed ha nuove consapevolezze: il giurista non ha, a suo giudizio, e non può avere il monopolio sulle sue fonti normative, non può agire solo dilatando all'infinito le certezze del passato; è libero nella costruzione del sistema, ma deve operare utilizzando tutti i dati presenti nell'ordinamento senza effettuare arbitrarie distinzioni. Scelta che, inevitabilmente, pone in questione la legittimità della natura 'extragiuridica' delle normative sociali.

Le affermazioni di Carnelutti, però, se valutate nel loro globale approccio alla tematica giuslavoristica, ci mostrano in alcuni punti — e non potrebbe essere diversamente, data la difficoltà di una *reductio ad unum* della produzione scientifica non solo del giurista 'maturo' ma anche di quello 'giovane' — un volto complementare a quello della rigorosa autonomia privatistica barassiana, ci indicano come lo sforzo verso il raggiungimento del nuovo sistema avesse molte certezze parallele a quelle di Barassi e fosse convergente con quello che possiamo dire un versante autoritario e statualista della incontaminata autonomia privatistica.

VI.2. Esaltare l'intervento coattivo dello Stato significa, all'interno della tradizione culturale che abbiamo descritto, ricomporre tramite uno strumento eccezionale le certezze perdute nella parte civilistica, ricondurre ad un ordine il sistema frammentato. Lo Stato interviene per ricomporre la società, per eliminare le forme involute di conflitto sociale per indirizzarle verso una forma avanzata, progredita, che le renda suscettibili di una lettura giuridica.

Si tratta, anche in questo caso, di un'interpretazione che affonda le sue radici negli anni di fine secolo e, più precisamente, nella convinzione che un riequilibrio delle disuguaglianze sociali poteva essere raggiunto solo con l'intervento dell'ente preordinato a stabilire — a ristabilire — l'ordine, a farsi «garante di un equilibrio altrimenti non raggiungibile» (227).

L'immagine del disuguale evocava — sin dagli scritti degli anni

(227) P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Otto e Novecento*, Milano, 1986, p. 370 e pp. 365 e ss.

Ottanta — non solo ‘ la disarmonia tra vita reale e diritto ’ ma anche e soprattutto i conflitti del sociale che occorreva eliminare, ricondurre ad un ordine pacifico di relazioni. Far cessare «lo stato di guerra»⁽²²⁸⁾, collegare le inevitabili trasformazioni sociali con il «sentimento di solidarietà» che «vibra... nei cuori»⁽²²⁹⁾ sono parole d'ordine che attraversano l'intera cultura giuridica del periodo con incidenze collocabili spesso al di là degli intenti dei loro ideatori. Pensate come strumento di innovazione dell'immobile scienza del diritto privato, esse assumono una loro autonomia che le rende elemento di supporto della stessa costruzione da porre in crisi: indirizzano i loro effetti nel solo versante pubblicistico e colorano l'intervento dello Stato di connotati autoritari.

Il conflitto sociale connesso alle relazioni tra capitale e lavoro rinvia ad una pacificazione indispensabile, ad una ‘ solidarietà forzosa ’ da operare tramite l'intervento dello Stato. Al termine ‘ tutela del lavoro ’ è difficile, in sostanza, che non si accompagni anche il riferimento all'esigenza di eliminare gli effetti ‘ perturbanti ’ della conflittualità sociale⁽²³⁰⁾. L'intervento dello Stato è

⁽²²⁸⁾ C. VIVANTE, *I difetti sociali del codice di commercio*, Milano, 1899 (Estratto dal *Monitore dei Tribunali*) p. 18. La lista delle citazioni sul punto potrebbe seguire facendo riferimento a quasi tutti gli autori del socialismo giuridico.

⁽²²⁹⁾ C. VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in *Critica sociale*, XII, 1902, p. 18. Nel pensiero di Vivante si saldano elementi socialistici con tratti solidaristici e con specifiche certezze dogmatiche riconducibili alla civilistica tradizionale. Cfr. in *ibidem*, pp. 347 e 348: «Il contratto non ha modificato nemmeno oggidì il suo tipo quale ci fu tramandato dal diritto romano, perchè le figure essenziali del contratto sono le prime a cogliersi, le ultime a modificarsi. Il movimento riformista non tende, a mio avviso, a modificare la struttura elementare del contratto...». Il Vivante più autentico non ci pare sia tanto il ‘ riformista ’ — come sostiene Ungari — quanto il solidarista ed il giurista convinto, al pari di Barassi, della essenzialità del puro tecnicismo. Cfr., ad esempio, C. VIVANTE, *I difetti*, cit., pp. 26 e ss.: «il diritto scritto nei Codici custodisce il tesoro delle dottrine, degli ideali e degli interessi legittimati da secoli; la sua forza di resistenza ci difende contro l'impeto dissolvente delle rivoluzioni». E ancora: «Nel tecnicismo c'è una forza, purtroppo quasi vergine ancora, per ringiovanire il carattere morale del nostro paese».

⁽²³⁰⁾ Aspetto particolare diffuso nella letteratura schierata per una codificazione del contratto di lavoro. Cfr. I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile*, cit., pp. 119 e 120: «È necessario che lo Stato intervenga e risolva con provvida leggi la importante questione del lavoro. ... assicurare, proteggere il lavoro, regolare sulla base del diritto e dell'equità tutti i rapporti nascenti da esso non è soltanto tutelare

necessario non solo per comporre il disuguale, ma anche per ottenere il ristabilimento della pace sociale perduta o minacciata, per far cessare ' la guerra ' e riportare un ordine che assume a suo parametro fondamentale le certezze delle antiche relazioni privatistiche.

Come abbiamo visto più volte nelle pagine precedenti l'intervento ' autoritario ' dello Stato non venne percepito come contrastante le certezze privatistiche, fu posto dalla cultura giuridica su un versante staccato da questo. Il liberalismo della normativa civilistica non è posto in discussione poiché l'intervento dello Stato mira a reintegrarlo, a ristabilirlo nella pienezza dei suoi principi.

In base a tale convinzione il discorso dei giuristi si sdoppia e permette la compresenza di enunciati apparentemente contraddittori: da una parte, ancora l'esaltazione dei postulati tecnici cardine dell'individualismo — proprietà, contratto, responsabilità —; dall'altra, un discorso che ricorre all'intervento dello Stato per supplire ' autoritariamente ' allo ' stato di guerra ' dell'ordine sociale.

È attraverso il mito della legislazione sociale che si accredita l'immagine di un intervento coattivo dello Stato capace di ricondurre tutte le instabilità del sociale alla situazione necessaria per la costruzione del sistema privatistico. Se si accentua sempre più tale intervento, se esso assume connotati autoritari, non ci si allontana dal modello tradizionale, ma si ricerca con più energia una riconduzione del sociale alle certezze tradizionali.

Barassi può con tranquillità occuparsi delle sole relazioni lavoristiche permanenti, poiché è convinto che ' il resto ' sia transitorio, destinato ad essere riassorbito, grazie all'ingerenza dello Stato, nell'ordine immutabile delle relazioni privatistiche.

L'intervento dello Stato è pensato come una sostituzione efficace delle stesse soluzioni autonome possibili all'interno della società civile, come lo strumento sicuro per indirizzare le nuove scelte all'interno dell'ordine delle antiche certezze. Del resto, la natura giuridica pubblicistica, speciale, delle leggi sociali fa sì che il riferimento ad esse non elimini la configurazione unitaria e incontaminata del diritto privato.

la vita e i diritto di chi lavora, ... ma è anche promuovere il progresso e garantire da ogni perturbazione la vita di tutta la società».

La coerenza interna al discorso giuridico spinge il giurista a reclamare l'intervento risolutore dello Stato capace di eliminare gli elementi non coincidenti con l'ordinato e lento sviluppo della parte permanente del giuridico, capace di por fine alla eccezionalità della ' guerra ' e di ridare completezza al suo discorso. I conflitti anomali della società civile devono essere eliminati per ristabilire l'ordine privatistico, per riestendere il suo dominio su tutto il sociale (231).

Le venature autoritarie del discorso giuridico rappresentano il lato complementare della tesi della purezza privatistica. Il liberalismo si snatura per rimanere fedele a se stesso, per non rinunciare ai suoi postulati indiscutibili nelle relazioni privatistiche: l'intervento dello Stato non solo non contrasta, ma è anche funzionale alla retorica dell'immutabilità del diritto privato.

In un intervento dedicato ai rapporti tra la legislazione sociale e l'ordinamento sindacale corporativo, Guido Zanobini individuava come contenuto tipico della legislazione sociale la limitazione autoritaria da parte dello Stato delle libertà individuali ed affermava: «dal punto di vista storico la legislazione sociale sorge e si sviluppa nello Stato liberale secondo principi che sono in contrasto coi generali postulati politici di esso» (232). L'affermazione ha del vero, ma non coglie le aspettative liberali nei confronti delle leggi speciali. Il parametro che determinava l'intervento del legislatore era dettato, infatti, dall'esigenza di ristabilire l'ordine del mercato e una situazione in cui la calcolabilità dei comportamenti sociali fosse possibile utilizzando ancora i soli strumenti privatistici tradizionali.

Lo Stato deve, insomma, intervenire — come ripetutamente si affermava — con lo scopo di «mettere le parti in condizione di lottare ad armi uguali». Lì dove però la sola ' lotta ' giusta rimane

(231) L'intervento di politica sociale dello Stato, congiunto alla limitazione degli spazi di azione sindacale, fu, com'è noto, uno dei cardini della politica bismarckiana. Un progetto chiaramente sintetizzato da Adolf Wagner: «Je mehr Gesetzgebung, Staat und Gemeinde eingreifen mit Arbeiterschutz, Arbeiterversicherung, mit sonstigen sozialen Hilfen, desto weniger brauchen wir Gewerkvereinigungen und Organisationen der Arbeiter selbst». Cit. in D. LINDENLAUB, *Richtungskämpfe im Verein für Sozialpolitik*, cit., p. 219.

(232) G. ZANOBINI, *La legislazione sociale*, in *Archivio di studi corporativi*, II, 1931, p. 195. Cfr. anche G. BOTTAL, *La concessione corporativa dello Stato*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, p. 12.

ancora quella data dal modello privatistico del contratto individuale e dai valori ad esso collegati: «il contratto è la risultante di una lotta, di un conflitto e il più forte vi imprime una impronta propria prevalente. È giusto? Sarà anche poco equo, anzi spesso lo è: ma se le parti lo hanno accettato come è possibile disfare quello che non è se non il logico risultato dell'odierno naturale, spontaneo assetto economico, sociale?»⁽²³³⁾. Il riferimento alla situazione di lotta e di conflitto — che è utilizzato come argomento principale per affermare l'esigenza delle leggi sociali — è sempre presente come versante lecito nella sua versione di scontro tra privati, e riemerge soprattutto come modello di riferimento cui deve ispirare la sua azione l'intervento statale sul sociale. L'ordine privatistico continua ad esaltare il libero consenso delle parti e il modello contrattuale tra i privati come la forma indiscutibile del sapere giuridico. La retorica privatistica sul consenso, sulla libertà, sulla uguaglianza delle parti resta inalterata, ma è, in corrispondenza delle esigenze sociali, affiancata da una retorica 'interventista' e statualista.

Quando dicevamo sopra che in alcune pagine di Carnelutti è possibile riscontrare convinzioni complementari a quelle di Barassi, alludevamo proprio a questa tradizione. In Barassi essa agisce solo nel versante esterno al discorso privatistico; egli non si cura infatti di porre in relazione l'intervento dello Stato con il suo sistema. Carnelutti, invece, lo fa divenire parte integrante del suo: non solo perchè, come sappiamo, accetta di ridiscutere alla luce delle norme speciali-sociali poste dallo Stato gli istituti civilistici, ma anche perchè esaspera l'esigenza di un intervento dello Stato come strumento riordinante della nuova realtà sociale.

È soltanto considerando quest'ultimo aspetto che si può esattamente comprendere la nota negazione carneluttiana, nel 1911, delle forme di conflittualità collettiva, forme 'arretrate' di 'lotta', di 'guerra', tra imprenditori e lavoratori. Significativamente egli utilizza, per negarle, il modello 'evoluto' — immodificabile — della contrattazione individuale⁽²³⁴⁾. Lo Stato deve

⁽²³³⁾ L. BARASSI, *Consuetudine e contratto di lavoro*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, 2, p. 590.

⁽²³⁴⁾ F. CARNELUTTI, *Le nuove forme di intervento dello stato nei conflitti collettivi di lavoro*, in *Rivista di diritto pubblico*, III, 1911, 1, pp. 407 e 408. Questo saggio di

indirizzare la prassi lavoristica verso il modello di ' guerra lecita ', deve imporre ai gruppi il ' male minore ', l'arbitrato obbligatorio, vietando lo sciopero e la serrata (235).

Il giurista, possiamo dire con una metafora dello stesso Carnelutti, sceglieva «la soluzione chirurgica, senza dubbio inferiore alla soluzione igienica, ma spesso praticamente inevitabile» (236). E, si sa, «la chirurgia aborre dalle mezze misure. Il male deve essere estirpato fino alla radice» (237).

Non è difficile scorgere nelle richieste di Carnelutti non solo le continuità con il passato, ma anche una prefigurazione del modello corporativistico (238). Alla rigorosa autonomia privatistica barsiana, al silenzio sull'ingerenza coattiva dello Stato, estranea all'immutabilità della struttura privatistica, corrisponde la fiducia carneluttiana nell'intervento dello Stato, nell'indispensabilità di ricondurre le anomale forme del sociale a un ordine, ad un pacifico sviluppo, ad una conflittualità «seria e quieta» (239) che possa essere letta con gli strumenti evoluti del sapere giuridico (240).

Carnelutti è attentamente analizzato da P. COSTA, *Lo stato immaginario*, cit., pp. 382 e ss.; cfr. anche U. ROMAGNOLI, *Le origini del pensiero giuridico sindacale in Italia*, in *Lavoratori e sindacato tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, 1974; U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*, in *ibidem*. Per delle informazioni di carattere generale su Carnelutti, si rinvia a G. TARELLO, *Carnelutti, Francesco*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, 1972, vol. XX, pp. 452 e ss.; cfr. ancora G. TARELLO, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, 1974, pp. 499 e ss., interessante soprattutto poichè contenente in appendice una *Bibliografia giuridica di Francesco Carnelutti* (pp. 525 e ss.).

(235) F. CARNELUTTI, *Le nuove forme di intervento dello Stato*, cit., pp. 409 e 412. Una dura requisitoria contro il movimento sindacale può leggersi in O. RANELLETTI, *Il sindacalismo nella pubblica amministrazione* (Prolusione al corso di diritto amministrativo dell'Università di Napoli, tenuta il 9 febbraio 1920), in *Annali delle R. Università di Macerata*, Macerata, 1927, vol. II, pp. 28 e ss.

(236) F. CARNELUTTI, *Le nuove procedure per le controversie negli infortuni dell'agricoltura* (1918), in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, p. 511.

(237) *Ivi*.

(238) Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 384; U. ROMAGNOLI, *Le origini del pensiero giuridico sindacale in Italia*, cit., p. 153; U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale e corporativo e i suoi interpreti*, cit., pp. 154 e ss. e p. 186.

(239) G. CARNELUTTI, *Le nuove forme di intervento dello stato*, cit., 413.

(240) Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*.

Il modo più coerente per una cultura giuridica, permeata ancora dal primato del diritto privato, di tradurre i continui rinvii alla legislazione sociale e all'intervento dello Stato non era quello di concepire come sempre più limitata l'autonomia contrattuale del contraente più forte, ma quello di esaltare il polo autoritario per delimitare le forme 'anomale' di autonomia collettiva. Le aperture carneltuttiane alle nuove normative, la sua esigenza di una lettura ampia e rinnovata dell'intero sistema civilistico si dispongono ai margini e divengono complementari a questo versante; si mostrano nella loro nudità solo come un approccio sistematico, attento più alle coerenze formali del discorso giuridico che alla effettività della prassi delle relazioni lavoristiche, rappresentano solo un riconoscimento sul piano metodologico dell'indispensabilità di una visione complessa dell'ordinamento ⁽²⁴¹⁾.

Nonostante, però, 'l'avanzamento metodologico' resta, la convinzione che la scienza giuridica possa conservare un suo statuto scientifico, una sua autonomia, solo lavorando su dati stabili, certi, quieti, prevedibili, non staccati cioè dalla collaudata razionalità della 'guerra' tra individui. Gli indirizzi di politica legislativa che fornisce il giurista, le sue aspettative di fronte al divenire sociale, il modo di influenzarlo, restano improntati sulle certezze dell'antico sapere privatistico. L'intervento coattivo dello Stato diviene così sempre più lo strumento attraverso cui ricondurre le forme 'primitive' di lotta ad una condizione di ordine che ha ancora a suo modello l'ordine delle relazioni 'certe e evolute' del diritto privato.

La legge del 3 aprile del 1926, significativamente, segnò per Carnelutti il passaggio nei conflitti tra i gruppi dal «disordine» all'instaurarsi del «regno del diritto» ⁽²⁴²⁾.

Lezioni di diritto industriale, Padova, 1927, pp. 61 e ss. in cui sono ripresi gli stessi argomenti del 1911 che si erano 'inverati' nella realtà istituzionale con la legge del 3 aprile del 1926 che aveva reso 'quieta' la contrattazione collettiva.

⁽²⁴¹⁾ Lo stesso approccio caratterizza il nostro giurista negli anni del fascismo allorchè le linee del nuovo sistema sono ricercate nel «germe» di rinnovamento offerto questa volta dalla legge del 1926. Cfr. F. CARNELUTTI, *Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano*, in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi*, Roma, 1930, vol. I, p. 60.

⁽²⁴²⁾ F. CARNELUTTI, *Il diritto corporativo nel sistema*, cit., p. 44.

Autonomia privatistica — giuslavoristica — senza contatti con il settore pubblicistico ed intervento coattivo dello Stato volto a riordinare il sociale, si erano mossi in direzioni coincidenti; fu entro questi poli, solo apparentemente contrastanti tra loro, che si sviluppò la vicenda della giuslavoristica italiana dei primi del Novecento ⁽²⁴³⁾.

Lo spazio per l'affermazione della giovane disciplina restò condizionato dall'impossibile superamento delle antiche dicotomie, dal peso di una tradizione che si voleva esclusivamente privatista o esclusivamente statualista, e che era puramente privatista e statualista al tempo stesso. La pura autonomia rimandava ad un ente

⁽²⁴³⁾ Ci pare che entro queste linee direttrici possa essere letto anche il relevantissimo tentativo di una costruzione scientifica privatistica dei contratti collettivi operata da Giuseppe Messina, la cui opera è stretta tra la verifica dell'impotenza della normativa di diritto comune a dare una configurazione giuridica appropriata alle nuove forme di autonomia collettiva e la richiesta di una *lex publica* idonea a risolvere dall'alto, dall'esterno, il problema cruciale della iderogabilità del *contrabere* collettivo. Cfr. G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro* (1904), in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, *Scritti di diritto del lavoro*, Milano, 1948, pp. 3 e ss.; G. MESSINA, *I «contratti collettivi» ed il disegno di legge sul contratto di lavoro*, in *ibidem*, pp. 57 e ss.; G. MESSINA, *Per il regolamento legislativo dei concordati di tariffa* (1907), ora in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 29, 1986, pp. 113 e ss. (con una nota introduttiva di Umberto Romagnoli). Per una bibliografia della letteratura sul punto si rinvia a G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, 1985.

Anche negli scritti giovanili di Redenti si può notare il contrasto tra adesione alla nuova realtà sociale ed esigenza di 'pensarla' e di inserirla ancora negli schemi degli istituti tradizionali. Il discorso non può esaurirsi in poche battute, ma giova comunque presentare qualche esemplificazione. I tentativi 'innovatori' non omogenei alla logica tradizionale rappresentano per Redenti soltanto «una inutile e dannosa rivolta»; egli è convinto che la figura giuridica centrale delle relazioni lavoristiche resti sempre il «vecchio contratto di lavoro» e critica la provocatoria negazione, di Lorenzo Ratto, dell'esistenza del contratto di lavoro. E. REDENTI, *Sulla funzione delle Magistrature industriali* (Introduzione al massimario della giurisprudenza dei proviviri, 1906), poi in *Id.*, *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, II, *Intorno al diritto sostanziale*, Milano, 1962, pp. 615, 627 e 613. Cfr. anche E. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei proviviri*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, 1, pp. 365 e ss. Sulla posizione 'estremistica' ed isolata di Ratto nel dibattito del periodo giolittiano cfr. C. VANO, *Riflessione giuridica e relazioni industriali fra Ottocento e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in A. MAZZACANE (a cura di) *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli, 1986, pp. 144 e ss.

esterno, sovraordinato, cui era demandato non solo il compito di fissare le regole del conflitto, ma anche quello di conferirgli effettività normativa e di mantenerlo sempre in una fase 'evoluta': la purezza civilistica esigeva, per conservarsi, un crescente intervento legislativo dello Stato, una legislazione speciale e 'transitoria'.

La negazione dell'intervento sociale-speciale dello Stato resta teoricamente indispensabile, ma è anche indispensabile la sua affermazione pratica: il rilievo puramente secondario dato alla legge speciale, alla normativa dello Stato, si trasforma e rinvia al termine negato. L'autonomia individualista — il diritto del lavoro 'puramente' civilistico — rimanda, transitoriamente, al polo statale, ottiene da questi la situazione 'ordinata' su cui poter fare imperare la sua disciplina 'autonoma', mira a riaffermare la sua purezza rinviando al polo che la nega ⁽²⁴⁴⁾.

⁽²⁴⁴⁾ Il tentativo più ampio di superare tali dicotomie, affermando una autonomia giuslavoristica distaccata dalle rigide forme del passato si ebbe con Hugo Sinzheimer e gli autori della sua scuola. Abbiamo con questi autori la proposizione di un modello lavoristico non *entro* — come era accaduto in Italia, nel modello qui analizzato, e in Germania con Lotmar (cfr. *infra* nota 199) — ma *contro* la costituzione privatistica. Riteniamo però che anche al diritto del lavoro sinzheimeriano possano essere estese alcune riflessioni svolte nel testo a proposito del modello, diciamo così, barassiano-individualistico.

Sinzheimer mira ad affermare un diritto del lavoro sia contro la purezza civilistica, sia contro gli apporti provenienti 'dall'alto', dallo Stato; vuole, soprattutto, ribadire l'autonomia del nuovo movimento sociale capace di produrre le sue normative e, con essa, l'autonomia giuridica della disciplina delle relazioni giuslavoristiche: i modelli da sconfiggere sono, quindi, la rigorosa uguaglianza del diritto delle obbligazioni e l'intervento statale risolutore delle conflittualità della società civile. Non è solo il mito della purezza civilistica e le 'falsità' del diritto delle obbligazioni che vanno respinte, ma occorre anche rifiutare ogni contatto tra l'avamposto giuridico del diritto del lavoro e l'intervento dello Stato.

Il primo tema, quello della 'emancipazione' del diritto del lavoro dal diritto civile, si lega in Sinzheimer a quello del superamento della centralità del contratto di lavoro — orientate in tal senso sono le critiche al suo maestro Lotmar — e della divisione, a favore di una *Verschmelzung*, tra diritto pubblico e diritto privato tra scienze sociali e scienze giuridiche.

Il secondo argomento ripropone invece, da un punto di vista diverso da quello liberale individualistico, la richiesta di una 'purezza'. Il diritto del lavoro autonomo, espressivo della autonomia delle forze sociali, si manifesta attraverso l'agire di gruppi liberamente organizzate e la contrattazione collettiva. La legislazione statale, l'inter-

Tali polarità furono conservate anche nel periodo fascista. Di fronte alle richieste di una visione politica delle tematiche giuridiche, di una interpretazione del corporativismo come «nuova costruzione integrale del mondo sociale»⁽²⁴⁵⁾, di fronte alle esplicite critiche degli strumenti tecnici tradizionali e alle domande di una nuova dogmatica corrispondente all'ordine corporativo⁽²⁴⁶⁾, di

vento a favore dei lavoratori di carattere assistenziale, ha rappresentato un momento della evoluzione del movimento operaio, ma essa non è che un settore marginale da non considerare nei limiti del 'vero' diritto del lavoro che è quello prodotto dal sociale, dai gruppi. L'affermarsi dei gruppi sociali si pone qui come elemento di crisi non solo del modello individualista ma anche di quello statale. Il diritto sociale, il diritto prodotto dall'autonomia collettiva dei gruppi e dall'affermarsi del movimento operaio si sostituisce al diritto individuale e nega anche l'intervento dello Stato, la legislazione sociale, che torna ad essere tagliata fuori dal discorso del giuslavorista. Questi si concentra infatti sul «sozialen Selbstbestimmung».

Anche questa purezza dell'autonormazione sociale, però, non può essere conservata a lungo e la ricostruzione del giurista torna a fare riferimento al versante statale come allo strumento di supporto della nuova autonomia del sociale e per motivare (guardando proprio le leggi sociali) la caduta del vecchio apparato individualistico. Non solo: è ancora con il modello dell'intervento risolutore dello Stato che occorre misurarsi allorchè la via dell'autonomia collettiva mostra le sue contraddizioni, nel momento in cui 'la guerra' tra i gruppi in equilibrio non produce più un ordinamento lavoristico. Quando l'equilibrio e le regole del conflitto tra capitale e lavoro saltano, la purezza della normativa collettiva deve cedere ancora il posto allo Stato; il primato del sociale e dei gruppi è abbandonato a favore di quello statale.

Il collettivismo rimanda così all'intervento dello Stato, all'organizzazione 'dall'alto' del sociale, all'intervento assistenziale, a modelli concettuali, insomma, che il diritto del lavoro sociale voleva, al pari del puro diritto delle obbligazioni, negare per affermare una sua rigorosa autonomia, una sua autonormazione. Lo Stato riemerge nella sua veste ordinante per indirizzare lo scontro sociale, per ristabilire la correttezza nella 'guerra', per indicare i mutamenti. Le polarità interne al discorso giuridico che si volevano eliminare, fuse nel diritto del lavoro sociale tornano a caratterizzare le scelte del giurista nel momento in cui il solo versante conflittuale — sia quello liberale dello scontro tra singoli disuguali, sia quello collettivista — non riesce a darsi una sua autonormazione, non garantisce anche la pacificazione e la trasformazione sociale.

In questa sede è opportuno arrestare il discorso a questo punto. Abbiamo fatto riferimento soprattutto ai saggi contenuti in H. SINZHEIMER, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*, (ed. Otto Kahn Freund, Thilo Ramm), Frankfurt-Köln, 1976 ed. a H. SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Jena, 1927.

⁽²⁴⁵⁾ *Programma*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, p. 4.

⁽²⁴⁶⁾ Cfr. G. MAGGIORE, *Il diritto corporativo e la trasformazione della dogmatica giuridica*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, pp. 543 e ss. e gli scritti di C.

fronte alle perentorie affermazioni del carattere pubblicistico di tutto il diritto e della dissoluzione della divisione tra pubblico e privato ⁽²⁴⁷⁾, Barassi ripropone le sue distinzioni dell'inizio del secolo, sia pure arricchendole qua e là di ossequiosa retorica verso il regime.

Cancellare, «in nome di una frenesia rinnovatrice» ⁽²⁴⁸⁾, i rapporti tra diritto privato e diritto pubblico, proporre una piena corrispondenza tra ordine corporativo e diritto del lavoro o, peggio, riproporre un diritto del lavoro come espressione di un «diritto privato sociale» ⁽²⁴⁹⁾ sono per Barassi argomenti confusi. Presentando il suo *Diritto del lavoro* nel 1934, non può che sottolineare — pur richiamando il nuovo clima politico e la presenza di una disciplina lavoristica «prodotto squisito dell'ordinamento sindacale

Costamagna citati da U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale e corporativo e i suoi interpreti*, cit., p. 195.

⁽²⁴⁷⁾ Cfr. A. VOLPICELLI, *I fondamenti ideali del corporativismo*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, pp. 197. Per più ampi riferimenti cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 115 e ss. I corporativisti erano convinti di avere superato le polarità sopra descritte e di aver eliminato ogni riferimento nell'analisi delle relazioni lavoristiche, sia al versante conflittuale, sia a quello statutale.

Anche negli scritti del corporativismo si tende spesso a svalutare lo strumento della legislazione sociale — uno strumento 'autoritario' — per affermare una piena autonomia normativa dell'ordinamento sindacale. Si pensi a come Zanobini denotava le diverse caratteristiche dell'ordinamento corporativo e della legislazione sociale: «la differenza consiste nel carattere autoritario e di vera intromissione e coercizione statale che è proprio della legislazione sociale, in confronto al carattere di autonomia e libertà che domina l'ordinamento sindacale» (G. ZANOBINI, *La legislazione sociale*, cit., p. 197).

Quella che è denotata come 'autonomia e libertà' era, com'è noto, il raggiungimento di un ordine solo ingannevolmente autonomo, un ordine in cui la contrattazione era stata ricondotta alla 'quiete' poiché decurtata del suo versante di conflittualità 'anomala'; un ordine che solo in tal modo poteva fare a meno dei sostegni esterni ed essere autosufficiente, puro. Il discorso giuslavoristico poteva raggiungere, certo, in questo ordine una sua unitarietà, ma il prezzo era alto: era l'assorbimento statutale della società civile, l'esprimersi dei gruppi come enti dello Stato, la repressione del conflitto. Le contraddizioni che avevano segnato il nascere della scienza giuslavoristica rimanevano aperte, erano però soffocate.

⁽²⁴⁸⁾ L. BARASSI, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, p. 69.

⁽²⁴⁹⁾ La proposta era stata effettuata da L. MOSSA, *Modernismo giuridico e di diritto privato*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, pp. 259 e ss., in particolare pp. 273 e ss. Per le critiche di Barassi e Mossa cfr. *Diritto del lavoro*, Milano, 1935, pp. 4 e ss.

e corporativo, che è quanto dire espressione di spirito fascista»⁽²⁵⁰⁾ — le continuità del suo scritto con la sua ‘ opera civilistica ’ degli inizi del secolo e indicare a guida del sapere del giurista non i principi fascisti ma quelli ‘ immortali ’ del diritto romano⁽²⁵¹⁾. Contro «l’illusione» di poter fare a meno del «severo tecnicismo giuridico ricostruttivo», Barassi conserva immutata la sua fiducia nella interpretazione tradizionale degli istituti di diritto comune⁽²⁵²⁾: la lettura congiunta di «ragione giuridica» e di «ragione politica», le critiche al metodo scientifico⁽²⁵³⁾, non lo convincono; egli non può che ripetere che «il diritto va concepito in funzione della vita» e della politica, se si vuole, ma solo allorchè «cessa di essere la politica mutevole... quando ha informato di sé gli istituti e gli ordinamenti giuridici»⁽²⁵⁴⁾. Ma questa — tiene a precisare Barassi — non è una consapevolezza dei nuovi tempi, del nuovo ordine, si tratta di un’antica certezza del giurista, di una «verità che il diritto romano insegnava»⁽²⁵⁵⁾: l’esigenza di ravvivare la legge, di adattarla alle mutevoli esigenze dei tempi. Riconoscere ciò, e riconoscerlo guardando ancora al diritto romano, significa per il nostro giurista non soffocare nelle grettezze dell’immediato, nella sola ‘ sensibilità della vita in cui si vive ’, nel transitorio, nel politico, la sua analisi scientifica.

Come ieri le leggi sociali riordinavano a misura dell’immutabile il transitorio e non dovevano distogliere il giurista dalle certezze, dalle purezze del diritto comune, così oggi il corporativismo è uno strumento ordinante della realtà sociale, una nuova fonte del sapere giuridico, ma non crea un diritto nuovo «sospeso senza tentacoli che l’accostino al diritto comune... senza radici che si affondino in quest’ultimo»⁽²⁵⁶⁾. E, nell’ottica di Barassi, sono soprattutto ‘ le radici ’ che contano. Anche nel ‘ nuovo ordine ’ quindi il privatista può continuare a coltivare il suo antico sapere e a difendere dai

⁽²⁵⁰⁾ L. BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., p. VII.

⁽²⁵¹⁾ *Ibidem*, p. VIII.

⁽²⁵²⁾ L. BARASSI, *Diritto sindacale e corporativo*, Milano, 1934, p. 95.

⁽²⁵³⁾ Cfr. G. BOTTAI, *L’ordinamento corporativo nella costituzione dello Stato*, in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., pp. 21 e ss., in particolare p. 23.

⁽²⁵⁴⁾ L. BARASSI, *Diritto sindacale e corporativo*, cit., p. 93.

⁽²⁵⁵⁾ *Ivi*.

⁽²⁵⁶⁾ L. BARASSI, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, cit., p. 56.

nuovi tentativi di contaminazione i principi puri della parte privatistica. Una limpidezza, certo, sempre più sfocata, sempre più difficile da delineare, ma che non mancherà di essere riproposta ancora come segno specifico, come misura peculiare, dell'autonomia tecnica della scienza privatistica che potrà proclamarsi — dopo il frettoloso abbandono della 'parte' corporativistica — «incontaminata»⁽²⁵⁷⁾ e riproporre una nuova revisione degli stessi 'immodificabili' principi. Fallito il rinnovamento dell'ordinamento giuridico *ab imis fundamentis*, restavano ancora le antiche certezze. Sfumato il delirio metafisico — avrebbe forse ripetuto compiaciuto Brugi — si profilava ancora un nuovo adattamento del diritto romano alla società.

L'eredità delle 'immutabilità' e della 'purezza' della costituzione privatistica, pur nel rinnovato quadro politico e sociale del secondo dopo-guerra e in presenza di una Costituzione rigida, non mancherà, in effetti, di influenzare ancora a lungo la cultura giuridica anche nel suo 'avamposto' giuslavoristico.

(257) Cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950, pp. 49 e ss., e, più di recente, C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Bari, 1985, in particolare pp. 219; 237; 260 e 261. È forse utile richiamare la nota tesi nella recente interpretazione di Ghisalberti: «La resistenza e la sostanziale impermeabilità ad ogni contaminazione ideologica e politica del tecnicismo caratterizzante la materia privatistica — resistenza e impermeabilità esaltate di fatto in quella visione asertica e formalistica del fenomeno giuridico proprio della cultura italiana, sempre tesa a respingere ogni contaminazione tra questo e le realtà metagiuridiche e pregiuridiche — avevano impedito al fascismo di omogenizzare il codice plasmandone principi e contenuti...» (pp. 60 e 61, corsivo nostro). Come abbiamo visto la 'incontaminata' purezza privatistica nel campo giuslavoristico aveva portato ad una scomposizione del reale oggetto di analisi: il 'puro' formalismo esigeva per conservarsi il sostegno del versante con cui non intendeva 'contaminarsi', era, anzi, portato spesso ad esasperarne la valenze autoritarie, operando con la riserva mentale che esse non incidessero sugli aspetti 'formali', ma ricomponessero il disordine sociale a misura di questi.

PAOLO GROSSI

PENSIERO GIURIDICO (*)

(*Appunti per una 'voce' enciclopedica*)

1. Può non essere innocua la congiunzione dell'aggettivo 'giuridico' con il sostantivo 'pensiero'. Essa può segnalare infatti alcune scelte fondamentali in rapporto alla concezione del diritto, al suo erigersi in scienza, al suo nesso con i valori della civiltà circostante; e presupporre in chi la usa un complesso di soluzioni positive a molti dei problemi che hanno maggiormente assillato e tormentato l'epistemologia giuridica moderna. La congiunzione 'pensiero giuridico', quando non sia usata in una accezione generica od occasionale, intende sottolineare infatti non solo e non tanto che la dimensione giuridica può essere oggetto autonomo di pensiero, quanto che il 'giuridico' — quando è oggetto di pensiero — ha una tale autonomia e una tale forza incisiva sulla soprastante intelaiatura speculativa da provocare l'autonomia stessa di questa intelaiatura, da erigerla in discorso autonomo relativamente ad altri approcci della realtà.

Le scelte di fondo, che si presuppongono, appaiono soprattutto le seguenti:

- a) la dimensione giuridica è una dimensione autonoma della realtà, perché il 'giuridico' è un valore tipico e specifico di questa;
- b) come tale, il 'giuridico' non è soltanto un meccanismo organizzativo della realtà, ma è pensato, costruito, a un livello meno immiserente; è anzi espressivo non già della quotidianità ma di

(*) Si pubblica qui la prima stesura, in lingua italiana, della 'voce' che, con qualche variazione, appare, in francese, nel «Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit» organizzato e diretto da André-Jean Arnaud per la 'Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence' di Parigi.

radicazioni profonde, essendo legato ai valori essenziali d'una società; è insomma esso stesso civiltà vivente d'una comunità storica;

c) come tale, il giuridico non può essere soltanto oggetto di conoscenza tecnica e scientifica, ma di quel più alto grado di comprensione che i filosofi chiamano pensiero; il 'giuridico' può diventare esso stesso pensiero con un volto connotato di intensa tipicità.

È chiaro che chi parla di pensiero giuridico, non per mera occasione verbale ma consapevolmente, afferma implicitamente di non aver nulla a spartire né con una visione riduttiva del diritto, né con una concezione positivista della scienza giuridica e del giurista. Il diritto non può, in questa ottica, essere ridotto a strumento del potere politico o a un ammasso normativo più o meno sistematicamente ordinato; e la scienza giuridica, affrancata da ogni servitù esegetica, liberata dal condizionamento necessario alla volontà del legislatore, è individuata come interprete nel significato più alto e più intenso del termine, non tessitrice di argomentazioni logiche all'interno di un sistema chiuso che essa non ha contribuito a porre ma che essa semplicemente subisce, bensì mediatrice fra generali esigenze sociali e culturali e cultura giuridica, forza viva e creativa della storia nella elaborazione di architetture congeniali ed efficaci a sorreggere, più che il prodotto di un legislatore contingente, una intera civiltà in cammino. Parlare di 'pensiero giuridico' significa infatti credere che il livello del diritto non è quello né della mera esecuzione passiva di forze inerenti ad altre dimensioni, né quello del discorso semplicemente tecnico; testimonia la convinzione che, al contrario, il diritto, nella sua essenza, fisiologicamente, è espressione fedele di una civiltà.

Soltanto a queste condizioni è consapevole e coerente parlar di 'pensiero giuridico'. Se la scienza (e quindi anche la scienza giuridica) è un insieme di approcci e di strumenti conoscitivi con una efficace capacità di analisi di oggetti particolari (nella quale azione conoscitiva è aiutata da appropriati sussidi tecnici), il pensiero in tutte le sue manifestazioni (e quindi anche quello giuridico) è qualcosa di più e di qualitativamente diverso, è la scienza che si innalza a percezione dell'universale. Soltanto se il diritto è al centro d'una civiltà in cammino e ne costituisce un

tessuto fondamentale, si può correttamente e pienamente affermare l'esistenza di un ' pensiero giuridico '.

2. Si capisce allora perché la storia occidentale sia stata la nicchia conveniente per l'emergere, lo svilupparsi, il consolidarsi d'un pensiero giuridico: perché quella storia, nelle sue epifanie romana e medievale, ha sempre assegnato al diritto il ruolo di nervatura riposta, secreta ma determinante, di una società civile. Diciamo di più: perché l'Occidente ha avuto il singolare privilegio di aver costruito la propria civiltà come diritto; la sua è innanzi tutto una civiltà giuridica, nel senso che un ruolo decisivo nella sua architettura progettuale spetta al diritto.

Per limitare lo sguardo appena alle nostre spalle, nel mondo medievale e post-medievale, alla *scientia iuris* (termine da intendersi con la mente sgombrata dalla moderna nozione positivista di scienza) spetta un indubbio primato epistemologico, e si guarda con attenzione e rispetto da parte di ogni intellettuale; il giurista è uomo di progetti, è al centro della città che lo nutre e lo alleva come cellula portante; siede nel palazzo come naturale depositario del potere e colloquia coi dotti, lui primo fra i dotti, quale interlocutore privilegiato.

Quando, nel pieno dell'età moderna, lo sfaccettato, complesso e forse complicato paesaggio socio-politico e culturale viene abbandonato per una concezione monopolistica e assorbente del potere politico, il diritto passa da nervatura dell'intera società civile a semplice nervatura del solo potere politico, mentre si deforma sensibilmente e si stravolge anche il vecchio rapporto fra diritto e mondo circostante. L'assolutismo giuridico dell'età liberale percepisce l'enorme valore — *stricto sensu* politico — del diritto, lo lega al potere e alla classe detentrica come prezioso *instrumentum regni* più di quanto si fosse mai fatto per il passato, mortifica il giurista a ripetitore della sola voce del legislatore. Ogni compito progettuale viene allontanato; agli *adminicula iuris* si lascia il ruolo infinitamente minore di fungere da apparecchio ortopedico per le claudicanze del legislatore stesso e ai giuristi il non-ruolo di suggeritori di espedienti grammaticali. Il diritto, catturato nel laccio mortale di invenzioni e artifici immobilizzanti (primo fra tutti la cosiddetta gerarchia delle fonti), è inserito ben al di dentro del meccanismo del

potere ed espunto il più possibile dalla società civile e dalla cultura. È l'operazione lucidissima e intelligente della borghesia vittoriosa, impastata di vigile attenzione per il 'giuridico' e di diffidenza verso il ceto dei giuristi. Ad essi, durante l'Ottocento, nei paesi a diritto codificato (che sono i più) è riservata la bassa corte dell'esegesi, da cui non è impossibile ma è difficile riguadagnare il cielo vivo e aperto del pensiero.

La grande tradizione dell'analisi giuridica medievale e post-medievale continua in Germania, terra di diritto comune; e, in certa misura e con atteggiamenti peculiarissimi, nei paesi di *common law*. Ma sarà faticoso per i giuristi uscire dal cantuccio loro assegnato e recuperare un ruolo di ingegneria costruttiva. La separazione fra giurista e società, la figurazione del giurista come grammatico del potere, il rango semplicemente esecutivo e conservativo del diritto circolano come dignità in una strutturazione rigidamente monistica dello Stato improntata al principio costituzionale della sottrazione di ogni libertà creativa al ceto dei giuristi, nella recitazione sempre più inconsapevole di miti, formule e timori ottantanovardi.

Sono questi i nodi ancora irrisolti del Novecento, il suo divenire ambiguo e tormentato, in cui però lo storico non può non individuare un filo conduttore recente che porta a un recupero crescente del giurista alle grandi scelte, uno spazio sempre più ampio alla dimensione giuridica come forza progettuale produttrice di storia. Accanto, riemerge da parte del giurista, il recupero psicologico del proprio ruolo, del proprio affrancamento dalla condizione servile dell'esegesi. È il momento incandescente che stiamo vivendo.

3. Il pensiero giuridico non è scritto su tavole mosaiche; è scritto prevalentemente sulle cose; anzi, di più, sulle cose mutevoli della storia umana, e reca in sé alcune connotazioni tipizzanti:

a) nasce dal basso, dalle cose, dai fatti, e su questi si riversa rivelando un suo intimo carattere ordinante; la tensione connaturale che lo domina e lo contrassegna è a incarnarsi, a non galleggiare sulle esperienze ma a ordinarle. Il pensiero giuridico non può prescindere dal mondo dell'azione, dov'è sempre sepolto il germe che lo provoca: azioni singole, azioni collettive ma azioni particolari che vengono, nel momento ordinante, recuperate dal loro particolarismo e sottratte alle miserie del quotidiano. E qui il pensiero

giuridico svela la sua natura complessa: la dimensione speculativa si innesta sempre sulla capillare vita quotidiana, che costituisce una sorta di ineliminabile dimensione sommersa. Esso non può mai prescindere dalla laboriosa officina dove, accanto agli altissimi principii, si parla e si opera su leggi e atti amministrativi, contratti e testamenti, citazioni in giudizio e fattispecie criminose, contratti di lavoro e società commerciali, una diaspora di fatti stanati dai loro gusci particolari e inseriti, a un più elevato livello, in una società e in una cultura, come oggetti di pensiero. ‘ Pensiero giuridico ’ è senza dubbio una filosofia ma ben spesso una filosofia sottratta al filosofo professionale: il balbettio, che diventerà successivamente discorso ma che è già un embrione di discorso, prende l’avvio nel cantiere degli avvocati, dei giudici, dei notai, dei *doctores iuris*, partecipi della fondazione di un pensiero giuridico non meno del sapientissimo *speculator* o del legislatore. Il pensiero giuridico è anche una ‘ mentalità ’, giacché è sempre il frutto di questa complessa realtà corale proprio perché sintesi di azione e conoscenza, com-prensione dei mille istituti e fattispecie individuali — ciascuno pesantemente intriso di luogo, di tempo, di motivi, di interessi — entro il tessuto di modelli generali su cui si ordina una civiltà storica;

b) indissolubilmente legato alla mutevolezza dei fatti il ‘ pensiero giuridico ’ come dizione assoluta è ben spesso un’astrazione. Anche se è dato ai giuristi di cogliere e individuare delle costanti che superano intatte i più diversi spartiacque (e che è piaciuto chiamare non scorrettamente ‘ concetti giuridici ’ o più discutibilmente ‘ dogmatica giuridica ’), il pensiero giuridico, espressione del volto interiore d’una civiltà in cammino, manifestazione delle sue più profonde radici storiche, è legato a quel certo modo peculiarissimo di sentire, vivere, concepire il diritto che siamo soliti significare con la nozione sintetica di esperienza giuridica. Esistono, certo, legati rilevanti fra esperienze susseguentisi nel tempo (si pensi al tessuto connettivo del pensiero giuridico romano rispetto agli assetti culturali successivi), esistono — come or ora si diceva — delle costanti innegabili (che hanno consentito una fioritura non edificante ma ripetuta fino a ieri di ‘ storie dei dogmi ’), ma il legame espressivo del pensiero giuridico è con una azione storicamente tipica, con la vita del diritto come sincronicamente avviene

entro confini storicamente legittimi, dove la legittimità è misurata non sui confini della artificiosa storia politica ma nelle consolidazioni della lunga durata e delle scelte profonde con cui il diritto ordina e irrobustisce idealità, ideologie e costume. Così, mentre sarebbe imprudente o semplicemente volgare discorrere di pensiero giuridico francese spagnolo italiano e via dicendo, sarebbe corretto parlare di pensiero giuridico del *common law* a fronte di quello di *civil law*, o di quello dei paesi socialisti; ovvero, sul piano storico, d'un pensiero giuridico romano, medievale, moderno, con diversificazioni né formali né meramente terminologiche né strumentali, ma fondate su una visione del diritto che chiede la sua tipicità a quell'insieme di più segrete visioni e costruzioni dell'uomo e della comunità nel reale, che chiamiamo civiltà.

4. ' Pensiero giuridico ' non è una congiunzione molto fortunata.

Per un verso, chi serba il culto del pensiero come di un assoluto ha una naturale ritrosia ad accettare questo assoluto consegnato nelle trame di un mondo relativo come il diritto. I caratteri di eternità e di immutabilità quali attributi essenziali al pensiero sono retaggio, duro a morire, di un'immagine nata e cresciuta sul calco delle scienze esatte, un'immagine che ostacola concezioni più ampie e più disponibili.

Per un altro verso, chi, vincolato al positivo, lega spregiativamente il termine e la nozione con le sistemazioni dell'idealismo rifiuta quello e questa, tace su quello e su questa, pretendendo col silenzio di esorcizzare una realtà ripugnante. È perciò che, a causa delle sue fondazioni variamente ma sicuramente positivistiche, la riflessione giuridica fino ad oggi preferisce arrestarsi sul terreno più concreto e meno impegnativo della ' scienza giuridica '. Così è in chi separa rigorosamente il diritto positivo dalla comparazione, dalla storia, dalla sociologia giuridiche costituendole come scienze ausiliarie e non cogliendole come ricchezze interne e intrinseche alla dimensione giuridica (Carbonnier); così è in chi impoverisce la scienza quasi un'ombra scialba della norma (Kelsen). È emblematico che la congiunzione non si trovi una sola volta — o perché accuratamente evitata, o perché ignorata — fra i titoli della vastissima produzione del maggior cultore italiano di teoria generale

del diritto, Norberto Bobbio, la cui opera si colloca, pur senza rigidità, in un'ottica filosofica neo-positivistica. Ne può invece legittimamente parlare Geny tutto teso a collocare il giurista al mezzo della storia e a farlo produttore di storia, tutto avvinto dal compito di arrivare a capire «le centre du grand mystère du droit».

MARIO NIGRO

RILEGGENDO GIOVANNI MIELE (*)

1. La pubblicazione degli scritti c.d. minori (o, per esser più precisi, della maggior parte di essi) di Giovanni Miele è un evento di grande rilevanza dal punto di vista per così dire personale e privato, anche perché dà ai suoi moltissimi amici, allievi ed estimatori l'occasione di stringersi intorno al Maestro che, per la sua opera insigne, per la sua fedeltà alla scuola e per il rigoroso costume di vita, ha onorato l'Università e la scienza italiana ed ha rappresentato e rappresenta un esempio per intere generazioni di studiosi.

Ma la pubblicazione ha anche un valore e un significato che trascendono il privato per riguardare la stessa scienza del diritto amministrativo che, dall'occasione, si trova messa dinnanzi al compito di riconsiderare questi scritti e tutta l'attività scientifica di Giovanni Miele, per individuare, con la completezza che il distacco temporale e il riferimento non a singoli scritti ma all'intera opera consentono, il pensiero giuridico dello studioso e collocarne l'opera — negli interessi che la sottendono, nei nessi che la collegano alla restante dottrina, nei metodi che la caratterizzano nella storia di essa scienza, per quanto difficile e gravoso sia questo compito in generale e ancora più difficile nella particolare specie.

La riflessione sull'opera di un giurista, infatti, non può venir condotta secondo una prospettiva piatta, una prospettiva c'òè che neutralizzi l'inesorabile trascorrere della storia (e se ciò è accaduto è perchè *ex post* si è illusoriamente pensato che la storia non si fosse

(*) È il testo di una conversazione tenuta nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Firenze nell'occasione della consegna a Giovanni Miele degli Scritti minori di lui, ripubblicati a cura della Facoltà, in onore dello studioso (*Scritti giuridici*, vol. I e II, Milano, Giuffrè 1987).

mossa). Questa riflessione ha invece sempre i caratteri della *recherche du temps perdu*, del tempo cioè in cui il giurista ha operato e di cui ha accompagnato (precedendola, o seguendola, secondandola o combattendola) l'evoluzione: ciò è vero soprattutto per il publicista, che è avanti di ogni cosa (come lo stesso Miele notava di Orlando ⁽¹⁾) storico delle istituzioni, così come gli ordinamenti, nelle trasformazioni delle società di cui esse sono espressioni, le conformano incessantemente. Collocare un giurista nella storia della sua scienza significa dunque coglierne il pensiero nel suo svolgimento, così come si atteggia in relazione all'ambiente in cui opera e ai mutevoli problemi che si trova ad affrontare: sembrerebbe perfino banale affermarlo, se non fosse che molto spesso ci si dimentica di questa elementare esigenza.

Questo tipo di lettura è tanto più necessario per il pensiero giuridico di Giovanni Miele, perchè la storia politico-amministrativa e quella sociale del tempo in cui egli si è trovato ad operare è stata densa di decisivi avvenimenti e di grandi trasformazioni.

L'attività scientifica di Miele si è svolta fra il 1929 e il 1976 (per ora): sono gli anni centrali e infuocati del secolo in cui l'Italia è passata dal fascismo alla democrazia; da una democrazia formale e accentrata ad una democrazia pluralistica e sociale, governata da una Costituzione fortemente progressiva sul piano dei principi (meno su quello delle istituzioni); e da una economia praticamente agricola ad un'economia di capitalismo avanzato e addirittura di post-capitalismo, con la conseguente trasformazione (di diritto o di fatto) di una organizzazione amministrativa abbastanza semplice e di stampo weberiano in una organizzazione estremamente complessa ispirata al plurimorfismo e al pluricentrismo più accentuati. Riflettere sull'opera di Miele significa quindi cercare di stabilire come egli si sia misurato con i problemi posti (o imposti) da questa grandiosa mutazione, quali le sue scelte d'impegno, quali gli indirizzi della sua ricerca nei mutevoli scenari in cui si è trovato ad operare.

Il necessario collegamento dell'attività scientifica di Miele al tempo in cui essa si è svolta consiglia dunque di dividerla in periodi

⁽¹⁾ *Il contributo di V.E. Orlando agli studi di diritto amministrativo*, in *Scritti cit.*, II, 587.

secondo un criterio che appare abbastanza naturale ed è stato del resto adottato anche dai curatori dei due volumi oggi pubblicati.

Assumendo come spartitempo la caduta del fascismo, la fine della guerra e l'avvento del regime democratico, l'attività scientifica di Miele si lascia agevolmente distinguere in due periodi: un primo periodo, che va dal 1929 al 1943, e un secondo, che va dal 1945 al 1976. Tra i due periodi, in posizione a sé si colloca il primo e unico volume de i *Principi di diritto amministrativo*, perchè, se temporalmente come data di pubblicazione (I^a edizione: 1945) l'opera apparterebbe al secondo periodo e come elaborazione al primo, in realtà idealmente si presenta come una sorta di ripiegamento, come dire, *una tantum* di Miele su sè stesso per ripensare i temi del quindicennio precedente e prepararsi ad affrontare, con gli strumenti di cui oramai dispone e che nei Principi completa ed affina, i gravi problemi dell'epoca piena di fascino ma anche gravida di incognite che gli si apre davanti. Gli altri due volumi, *La manifestazione di volontà del privato* (1931) e *La Regione* (1949), si collocano rispettivamente all'inizio del primo e del secondo periodo (2).

2. *Il primo periodo* (1929-1943) — a) Quando Miele comincia la sua attività scientifica, il fascismo ha pienamente istituzionalizzato e consolidato il suo potere.

Molto si è discusso nella dottrina italiana sulla posizione della nostra scienza del diritto pubblico nei confronti del fascismo, sulle ragioni e sulle conseguenze di tale posizione. Lo stesso Miele se ne è occupato nella recensione alle Istituzioni di diritto pubblico di Mortati (3), rilevando come la scarsa propensione per il realismo che

(2) A Miele sono anche dovuti un volumetto dal titolo lo *Stato moderno* comparso nella collana *Classe unica*, RAI-Radiotelevisione italiana, s.d. ma 1955 e la riedizione, con amplissime note di aggiornamento (normativo, giurisprudenziale e dottrinario), del *Corso di diritto amministrativo* di CAMMEO, Padova, 1960: la precedente edizione di questo libro, in veste litografica, era apparsa il 1911-1914. Del primo non ho tenuto alcun conto, per il suo carattere esclusivamente divulgativo. Quanto al secondo, va detto che, mentre per gli argomenti particolari, Miele rispone ed applica le idee esposte nei suoi scritti originali (come fa del resto nel volumetto ora ricordato), significativa deve invece considerarsi in generale l'attenzione prestata a Cammeo ed all'opera di lui: sui motivi di essa, *infra*, par. n. 7.

(3) In *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 135. Così anche F. BENVENUTI, *Gli studi di diritto amministrativo* in *Archivio ISAP*, Milano, 1962, 1239 segg.

veniva addebitata alla dottrina dell'epoca si spiegasse con la non-adesione all'edificio politico fascista e quindi, almeno in questo senso, non fosse purezza di metodo e neutralità di ideologia, ma impegno politico. La tesi non mi trova d'accordo, come non mi trova d'accordo l'idea di Giannini secondo il quale vi fu, da parte della postpandettistica (categoria in cui egli colloca Romano, Zanobini, Donati e gli altri maestri di quelle generazioni, ma in cui per comodità di analisi e per i nostri attuali fini possono farsi rientrare piuttosto grossolanamente tutti gli studiosi attivi sotto il fascismo), il tentativo di dominare dall'interno il fascismo avviandolo verso una fase di conservatorismo illuminato (4). Nè può attribuirsi al formalismo dominante nelle scuole di diritto pubblico (ma, avverto subito, c'è formalismo e formalismo) lo stesso valore, rispetto all'imperante fascismo, che gli storici della letteratura attribuirono all'ermetismo dei poeti e gli storici dell'arte all'astrattismo delle scuole di pittura e di scultura; nè esistono elementi che accreditino un tentativo dei più saggi fra gli studiosi di diritto pubblico dell'epoca di valorizzare l'anima conservatrice del fascismo a scapito di quella rivoluzionaria, anche se certo è da credere che essi amassero e fossero disposti ad avallare più la prima che la seconda (5).

Nella realtà, c'è soltanto che gli studiosi di diritto pubblico, e particolarmente quelli di diritto amministrativo, nella loro grande maggioranza si disinteressarono del fascismo e delle sue istituzioni politiche e proseguirono a svolgere le loro ricerche, strettamente legate a temi specifici del diritto amministrativo, mantenendosi sul piano prevalentemente o esclusivamente concettuale sul quale già si muovevano. Ciò dipese da due cose: dal fatto che gli studiosi italiani delle generazioni operanti nel nuovo secolo (Orlando a parte, ma fino a un certo punto) avevano fatto proprio implicitamente o esplicitamente il principio, ricordato da Otto Mayer (6), dell'indifferenza del diritto amministrativo rispetto alle mutazioni

(4) M. S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 14.

(5) Per S. CASSESE, *Cultura e politica nel diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 33, la scienza italiana del diritto amministrativo del nuovo secolo fu in prevalenza opera di studiosi di orientamento liberale conservatore.

(6) Nella Prefazione alla 3ª edizione del *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I e II, Berlin, 1923.

dei principi costituzionali; e dal fatto che, sul piano amministrativo, il fascismo si presentò non come negatore dello stato amministrativo e di diritto almeno nella forma di stato legale (si legga il discorso di Mussolini per il centenario del Consiglio di Stato) (7), ma come loro continuatore (specialmente dello Stato amministrativo) e protettore. Sotto questo profilo cioè il fascismo bloccò e congelò, per così dire, la situazione preesistente (8). Da ciò derivò che la dottrina italiana, e fra gli altri Miele, continuò a lavorare come se nulla fosse successo, e si tenne strettamente e tecnicamente ai temi così com'erano stati fissati e sistematicamente ordinati dai maestri della generazione precedente.

D'altra parte, non si può far colpa (9) a questi studiosi di non aver colto quello che di progressivo e di eversivo c'era in alcune soluzioni amministrative dettate dal fascismo rispetto ai tradizionali lineamenti dello stato amministrativo (l'esempio più significativo è quello dell'ordinamento creditizio). In effetti, rivolta come soprattutto era stata, a studiare l'attività amministrativa, anzi gli atti amministrativi, la dottrina non possedeva nemmeno gli strumenti per anettere al dominio della scienza i nuovi campi di intervento statale: aveva appena cominciato a forgiarsi quando il fascismo cadde.

b) Fatto sta che, quando Miele iniziò la sua attività scientifica, i Maestri del primo terzo del secolo (li si consideri insieme o si sottolinei la loro appartenenza a due generazioni di studiosi) — intendo gli Orlando, i Romano, i Cammeo, i Ranalletti, gli Zanolini — avevano già ordinato in sistema la scienza del diritto amministrativo e dettato le linee fondamentali e i principi dell'ordinamento che reggeva la pubblica amministrazione. Essi e i loro colleghi ed allievi avevano poi condotto (anzi, stavano ancora conducendo), attraverso il Trattato di diritto amministrativo, diretto da Orlando, l'esplorazione, settore per settore, del nostro

(7) In *Il Consiglio di Stato (Studi in occasione del Centenario)* vol. 3, Roma, 1932, pagg. III — VII.

(8) Sulla stabilità dell'amministrazione nel periodo fascista rispetto al periodo liberale, W. CESARINI SFORZA, *Gli studi di diritto pubblico in Italia negli ultimi anni, in Civiltà fascista*, 1938 n. 7, pp. 6 segg.

(9) S. CASSESE, *Cultura e politica cit.*, 47 segg.

diritto amministrativo tendenzialmente basata su quelle linee e su quei principi.

In questo quadro, poteva sembrare che agli studiosi della generazione che seguiva — ed alla quale apparteneva Miele, il cui Maestro, Zanobini, è stato uno dei più lucidi e completi espositori sistematici della nostra scienza (la prima edizione del Corso, si sa, è del 1935, cioè coeva all'inizio dell'attività scientifica di Miele) — non fosse rimasto altro compito, come ho scritto in altra occasione⁽¹⁰⁾, che di completare in punti marginali la robusta trama del disegno sistematico, di svilupparne e precisarne i particolari, di migliorare la chiarezza e la comprensibilità del disegno. Sappiamo ora che così non poteva essere e non fu e che alla «nuova» dottrina era riservata sorte diversa da quella allora prevedibile.

Comunque, è in questo quadro che si colloca l'attività scientifica di Miele nel primo periodo. Gli scritti dello studioso sono tutti dedicati a temi particolari (in massima parte tradizionali della nostra scienza), ma si vede subito che si tratta di temi corrispondenti a punti nodali del diritto amministrativo, punti (questo è ancora più significativo) nei quali e attraverso i quali, anzi, si manifesteranno più avanti proprio le crisi di crescita o di mutazione del diritto amministrativo italiano e della stessa sua scienza. Alludo, è chiaro, oltre che a *La manifestazione di volontà del privato*, agli scritti sul procedimento amministrativo, sulla pubblica funzione e il pubblico servizio, sull'interesse legittimo, sulla distinzione fra ente pubblico e privato, ed anche a quelli sulle situazioni di necessità dello Stato, su gli enti autarchici territoriali etc.

Non è certo possibile esaminare qui questi scritti, che hanno segnato tappe decisive per i nostri studi: si può solo tentare di individuare brevemente gli aspetti più importanti del pensiero giuridico di Miele come attraverso di essi si rivela.

c) Secondo me, le peculiarità di Miele studioso si raccolgono intorno a due tratti fondamentali.

Dall'esame degli scritti di questo periodo, anzitutto, viene subito in evidenza che Miele non dedica attenzione a quella che chiamerei la statica dell'azione amministrativa: in particolare, andando contro corrente, in un periodo in cui la dottrina si occupa

⁽¹⁰⁾ *Un ricordo per Amorth*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 1986, 316.

soprattutto degli atti amministrativi speciali (dalla proposta all'ammissione, dal negozio di fondazione al negozio di concessione, dalla dispensa all'autorizzazione, al parere: chi le ha contate ricorda che non sono meno di trentacinque le monografie dedicate fra il 1930 e il 1945 a singole specie di atti o ad elementi o vicende dei provvedimenti), si occupa cioè di riempire le caselle del sistema rimaste ancora vuote, Miele non tocca l'argomento; fa eccezione, come si vedrà, l'argomento dei contratti amministrativi che egli approfondisce ne *La manifestazione*, ma si tratta di uno scritto che si colloca in prospettiva ben diversa.

Sia detto incidentalmente che, se è vero quanto è stato sempre scritto che il trapianto, caratteristico della pandettistica, dei concetti del diritto privato nel diritto pubblico si ha soprattutto attraverso lo studio degli atti amministrativi speciali, bisogna dire che Miele, anche per questa ragione, si rivela subito completamente fuori della pandettistica e dell'influenza del diritto privato ⁽¹¹⁾ (non è un caso che ne *La manifestazione* scriverà: «L'atto giuridico del privato appartiene al diritto pubblico... perciò vanno ad esso applicati i principi che di questo ramo son propri»).

E se è anche vero, come pure è stato scritto ⁽¹²⁾, che è attraverso l'atto amministrativo che si esprime soprattutto la supremazia autoritativa dell'amministrazione, anche sotto questo profilo il disinteresse dello studioso per l'atto amministrativo è significativo.

Gli scritti di Miele, dedicati all'azione amministrativa, sono invece rivolti ad indagare la dinamica dell'attività amministrativa. A parte lo scritto sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, in cui l'attenzione cade sulla funzione di garanzia di essa, allo studio della dinamica dell'attività amministrativa vanno ascritti sia naturalmente *La manifestazione*, sia lo studio sulla nozione di procedimento amministrativo (in cui egli, definendolo come «una pluralità di comportamenti fra loro collegati dall'unità del fine e

⁽¹¹⁾ Sul punto, anche *infra*, par. n. 7.

⁽¹²⁾ A cominciare da O. MAYER, op. cit., I, 93 segg. (sull'ideologia politica e il tessuto culturale che sottendono le dottrine di O. MAYER, cfr. la suggestiva interpretazione di M. FIORAVANTI, *O. Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 600 segg.), ma il rilievo è ricorrente nella dottrina italiana dell'epoca.

distribuiti in guisa che l'effetto giuridico al quale servono non è mai il prodotto di tali comportamenti concorrenti, ma di uno solo di essi»⁽¹³⁾ anticipa chiaramente nell'essenziale la concezione di Sandulli), sia quello sulla pubblica funzione ed il servizio pubblico. Ma, a ben guardare, e a stare alla nozione che noi abbiamo oggi di organizzare, le figure qui sopra ricordate, studiate da Miele, addirittura trascendono il campo dell'attività amministrativa per entrare in quello dell'organizzazione (con tutti i problemi concettuali e pratici che questo comporta); così il procedimento amministrativo, così l'impianto dei possibili rapporti fra soggetti privati e pubblica amministrazione, così le funzioni e i servizi pubblici, che Miele stesso del resto vede soprattutto come organizzazioni.

Se si considera ciò, e si considera ancora che la maggior parte degli altri scritti del periodo è dedicato a temi organizzativi, in senso tradizionale e ristretto (come quelli sugli enti, in cui, per giunta, la pubblicità è individuata, come si sa, in una posizione organizzativa che egli poi ancor più sottolineerà ritornando più tardi sull'argomento in risposta ad Ottaviano)⁽¹⁴⁾, si vede come il primo tratto caratteristico dell'opera scientifica di Miele nel periodo è *il preminente interesse per l'organizzazione amministrazione*: un interesse che accompagnerà lo studioso per tutta la sua attività di ricerca.

d) Il secondo tratto attiene non ai temi di ricerca ma alla posizione del privato e dell'amministrazione nella concezione dello studioso.

A me pare che questa concezione, non esplicitata completamente e forse allora neppure totalmente consapevole, presenti due principali profili, distinguibili ma strettamente connessi.

Il primo profilo è la valorizzazione del soggetto privato nei confronti e nei rapporti con l'amministrazione. La scelta del tema de *La manifestazione* è significativa, ma più significativo il fatto che l'apporto del privato all'azione amministrativa sia visto in termini di collaborazione. E significativa, in questo senso, è sicuramente anche l'affermazione (in *Questioni vecchie e nuove in materia di*

⁽¹³⁾ *Scritti cit.*, I, 127.

⁽¹⁴⁾ *Attualità e aspetti della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private* (1958), ora in *Scritti cit.*, II, 828, segg.

distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa, 1940 ⁽¹⁵⁾) della natura sostanziale dell'interesse legittimo — che è arricchimento dello individuo di una vera e propria situazione giuridica sostanziale nei confronti della pubblica amministrazione — tanto più in quanto accompagnata, tale affermazione, dalla critica oltremodo serrata dell'allora dominante idea che il privato nel processo amministrativo non fosse che il sostituto straordinario dell'organo di cura ordinaria dell'interesse pubblico.

Il secondo profilo attiene alla smitizzazione della potestà amministrativa e alla direttiva di attrazione dell'intera attività amministrativa nell'orbita della legge. Fin da *La manifestazione Miele* adotta un concetto di diritto pubblico assolutamente contrastante con quello dominante nella dottrina italiana (Ranelletti, Vitta, etc.) e nega che questo diritto sia il regno della diseguaglianza e della supremazia.

Rompendo anche qui con una tradizione radicata in diffuse ideologie e in forti interessi di parte, anticipa la dottrina italiana e tedesca nel negare (nello scritto *In tema di successione di enti territoriali autarchici* ⁽¹⁶⁾) posto separato ai rapporti di supremazia speciale e nel collocarli sotto l'impero della legge allo stesso modo dei rapporti di supremazia generale.

Dalla valorizzazione della posizione del soggetto privato e dalla smitizzazione della potestà amministrativa deriva la soluzione in senso positivo, da parte di Miele, della *vexata* (non solo allora) *quaestio* dell'ammissibilità del contratto amministrativo, che egli costruisce come contratto fra due soggetti *assolutamente eguali*, e vede per giunta non come figura eccezionale ma come possibile strumento ordinario di azione amministrativa, secondo tecniche e metodi che solo molto più tardi diventeranno propri dell'amministrazione partecipata.

3. *I principi di diritto amministrativo* (vol. I) sono pubblicati nel 1945 e riediti nel 1950. Io non ho notizie circa la genesi «esterna» del libro, la genesi ideale è facilmente ricostruibile.

Miele ha avuto modo, nello studio estremamente approfondito

⁽¹⁵⁾ *Scritti cit.*, I, 275.

⁽¹⁶⁾ *Scritti cit.*, I, 65.

dei temi di cui si è occupato, di definire, sulla base del diritto positivo, nozioni fondamentali del diritto amministrativo (a partire dalla stessa nozione di diritto pubblico). *I principi* sono anzitutto il prodotto di questi approfondimenti settoriali e della raccolta, integrazione, raffinamento e sistemazione dei concetti elaborati di volta in volta.

Il libro appare quasi contemporaneamente alle opere generali di Giannini e di Gasparri, alle quali è sembrato accomunabile per l'identità di metodo (si è parlato di purismo giuridico), più formalista della opera di Giannini, si è detto, meno di quella di Gasparri ⁽¹⁷⁾.

Dirò appresso e in generale, del metodo giuridico di Miele (part. n. 7).

Qui vorrei solo osservare che, a parte la possibilità e la esattezza di siffatte graduazioni, una ragione (storica) ci ha da essere stata perchè i tre primi «nuovi» manualisti del diritto amministrativo — quelli che si troveranno ad affrontare, insieme con gli studiosi loro coevi, le profonde trasformazioni del diritto amministrativo nella ancor più profonda trasformazione dell'intera società — esordiscano con scritti ispirati al più severo metodo giuridico. Per Miele — ma penso anche per gli altri — la ragione è evidente. Per intendere e conformare ogni realtà, il giurista ha solo gli strumenti del proprio mestiere (i concetti giuridici): questi strumenti debbono essere messi a punto e tenuti in modo perfetto (e, naturalmente, il giurista deve saperli adoperare). *I Principi* vanno considerati come raccolta ed esibizione di questi concetti-strumento e, se è pur vero, che, al riguardo, essi si presentano più come un libro di teorie generali applicate al diritto amministrativo (Amorth) anzichè come un libro di principi di diritto amministrativo, occorre tener presente che i concetti di diritto amministrativo che Miele inquadra nelle teorie generali sono stati costruiti sulla base del diritto positivo e quindi in virtù di un metodo induttivo e non di mera astrazione.

Non è certo possibile soffermarci qui sui molti temi del libro.

Considererò solamente tre punti, che a me sembrano importanti

(17) Amorth, *Recensione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 932 segg.; così anche F. BENVENUTI, *op. cit.*, 1257.

non soltanto per la influenza delle teorie dello scrittore nella nostra scienza, ma anche per la rilevanza che rivestono nel complessivo pensiero giuridico di Miele, in particolare per rivelarci l'idea che egli ha della pubblica amministrazione. Mi riferisco alla distinzione fra *stato-ordinamento* e *stato-persona*, alla nozione di potere giuridico e a quella di causa.

Sul primo punto, Miele espone l'idea originale — più originale della distinzione — che la personalità giuridica spetti all'ordinamento giuridico nella sua interezza e non ad una parte dello stato (*stato-amministrazione* e *stato-giudice*). *Stato-ordinamento* e *Stato-persona* sono, così, più che due figure distinte, due «momenti» della stessa figura: l'uno, oggettivo (*Stato-ordinamento*); l'altro, soggettivo (*Stato-persona*) (18).

Sommessamente, la tesi non mi pare fondata; essa contrasta con il diritto positivo, con la storia della personalità giuridica dello stato e con l'evoluzione ideologico-politica del concetto di stato nella quale la soggettività giuridica di esso è diventata sempre più un aspetto marginale e contingente.

Ma la tesi è molto suggestiva e fertile di conseguenze sul piano della posizione dell'amministrazione e della stessa identificazione dell'interesse pubblico.

Perchè, è vero che è lo *stato-ordinamento* che «presuppone... la attività di tutti i soggetti o ne rappresenta il variabile risultato», mentre «la posizione dello *stato-persona* è caratterizzata da una sfera specifica ed esclusiva di interessi che non si identifica con le sfere degli altri soggetti, ma si distingue e si contrappone ad esse»: però, dato che lo *stato-persona* è tutta una cosa con lo *stato-ordinamento*, la parzialità, per così dire, del primo è solo un momento di passaggio verso l'onnicomprendività dello *stato-ordinamento* ed, infatti, Miele stesso aggiunge che la determinazione della sfera specifica ed esclusiva d'interessi, in cui consiste lo *Stato-persona* «procede dalla natura ed entità degli interessi collettivi, ossia degli interessi risultanti dalla sintesi degli interessi individuali». Ora, questo, se non m'inganno, significa che il c.d. interesse pubblico consta non del solo interesse dell'amministrazione come *persona* ma dell'interesse di tutti i soggetti *compresa l'amministra-*

(18) *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1950, 12 segg.

zione, che è uno dei concetti-cerniera del modo attuale di concepire l'organizzazione amministrativa e i suoi interessi.

Secondo punto. Miele definisce, come si sa, il potere giuridico quale «forza attiva di cui è investito un soggetto dallo o.g., in guisa da produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica» (19). La potestà amministrativa qui è ridotta a mera idoneità a produrre certi effetti giuridici, senza sovra-alimentazione ideologica, storica o politica. Prosegue dunque la smitizzazione della potestà amministrativa da Miele avviata ne *La manifestazione* e negli altri scritti del primo periodo, e che qui viene ancora accentuata da alcune caratteristiche concrete del potere e precisamente: dalla sua natura obiettiva che lo collega strettamente all'ordinamento giuridico, fonte e limite di esso; dall'ampio significato prestato alla espressione modificazione giuridica (per cui è possibile parlare di potere anche per l'emana-zione di meri atti, es. di un parere); dal fatto che il potere non necessariamente abbia come contrapposto una condizione di sogge-zione, che esso sia trasmissibile etc.

Merita attenzione, infine, il concetto di causa, che Miele collega, al di là e al di sopra dell'atto giuridico di cui il potere è fonte, allo stesso potere giuridico, identificando la causa con la finalità per cui il potere giuridico venne conferito dall'ordinamento. Questa nozione di causa è al di fuori dell'intera tradizione dottri-naria (20), che riferisce la causa all'atto (o alla volontà), e costituisce per lo studioso il mezzo per valorizzare, nel diritto amministrativo, l'elemento del fine.

L'idea, pur non incontrando larghi consensi, forse perchè meritevole di maggiori approfondimenti, è stata utilizzata per lo studio di alcuni settori del diritto amministrativo (una intelligente applicazione, per esempio, ne è stata fatta allo studio degli ausili finanziari (21) e non vi ha dubbio che lo strumento della causa o del

(19) *Principi cit.*, 58 segg.

(20) Questa idea finalistica della causa si accosta alla tesi di C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, 98 segg.), il quale, anche egli, riferiva l'elemento non all'atto, ma all'attività (oggi diremmo alla funzione).

(21) M. CARABBA, *Spesa pubblica e iniziativa imprenditoriale*, Torino, 1968 *passim*, ma part. 96 segg.

fine possa avere un valore unificante dell'attività o meglio dell'organizzazione amministrativa in certi campi, oltre che agevolare la comprensione della struttura dell'eccesso di potere. Ma questa concezione comunque è indice del fatto che l'interesse dello studioso continua a cadere sui fenomeni della dinamica dell'attività amministrativa e della organizzazione, di cui egli ricerca modi di collegamento e di sintesi.

4. *Il secondo periodo* (1945-1976). In questo periodo Miele continua ad essere attratto dai temi dell'organizzazione e da quelli della valorizzazione e tutela dell'individuo (come segno immediato di questa continuità si possono considerare il ritorno al tema dell'ente pubblico, da una parte, e le conseguenze che egli trae dall'affermata natura sostanziale dell'interesse legittimo per il fine della possibilità di risarcimento del danno per lesione di esso), ma oramai essi si inseriscono in un contesto più ampio e ben più ricco di implicazioni e, soprattutto, scaturiscono da un rapporto fra Miele e i problemi sociali e politici del suo tempo nettamente diverso da quello del passato.

Gli scritti del primo periodo, come ho detto, sono scritti distaccati, neutri, prodotti da una scienza chiusa in sè stessa e preoccupata di realizzarsi tecnicamente in tutti i suoi possibili profili di rilevanza.

Fra questa scienza e la società civile c'è il diritto positivo, che è un dato esterno intangibile, necessario ma anche sufficiente a nutrire il processo scientifico.

Nel secondo periodo, invece, salvo poche eccezioni, gli scritti di Miele sono tutti, o quasi, legati alle emergenze dell'attualità; si possono, anzi, tutti considerare risposte ai problemi che la trasformazione politica, sociale, istituzionale pone. Dalla sorte della proprietà terriera alla istituzione e posizione della regione; dalla disciplina urbanistica ai controlli sui comuni; dalla riforma del contenzioso tributario ai problemi della pianificazione economica; dalla indipendenza del giudice amministrativo ai rapporti fra tecnica giuridica e fatto economico, l'attenzione di Miele accompagna le tappe principali della nostra storia recente ed è rivolta ai temi che, nelle sue accelerazioni e nei suoi arresti, essa mette in evidenza.

Anche per l'intensità dell'impegno con cui lo studioso segue i problemi del tempo, la produzione scientifica di questo periodo è molto ricca, sì da renderne difficile una compiuta analisi, ma la possibilità di individuare le linee essenziali del pensiero di Miele è agevolata, da una parte, dal fatto che la sua ricerca si svolge soprattutto con riferimento a tre grossi settori: le autonomie locali, l'intervento pubblico nell'economia, la giustizia amministrativa e, dall'altra, che questi settori sono ulteriormente unificati da ciò che il punto irradiante di tutti questi interessi scientifici è la costituzione. Tutto — o quasi — il diritto amministrativo è visto da Miele e studiato in funzione dell'esistenza della Costituzione, della sua volontà normativa, della sua attuazione o inattuazione, e i settori ora indicati sono, è chiaro, fra quelli in cui con più forza emerge la trasformazione istituzionale e maggiormente si rivela la necessità di tenere presente il dettato costituzionale per adeguare ad esso il diritto positivo. Particolarmente nei primi anni di questo periodo, Miele si rivela l'amministrativista italiano che più mostra di comprendere la spinta rinnovatrice della Costituzione.

A) *Autonomie locali*. L'importanza delle autonomie locali nella struttura del nostro stato, così come riordinato dalla carta costituzionale è sentita da Miele con tale intensità e immediatezza che il libro su *La regione* — in cui il nuovo ente è esaminato con completezza e lucidità raramente poi raggiunte negli studi successivi sullo stesso tema — è di appena un anno successivo all'entrata in vigore della Costituzione; nella *Premessa* al libro si dà atto che si tratta di «un istituto di cui è lecito prevedere notevoli ripercussioni sulla vita del nostro Paese, pensando alla sua rilevanza costituzionale amministrativa e sociale».

Del nuovo istituto, Miele seguirà sempre le vicende — di sviluppo o di ristagno — fino allo scritto «Le regioni: politica e amministrazione», (1973), che chiude il secondo volume degli *Scritti* ora pubblicati, cooperando alla soluzione dei problemi concreti, che i rapporti della regione con lo stato da una parte, con i comuni e le provincie dall'altra fanno nascere, ma anche prendendo posizione, oltre il limite tecnico-giuridico, sulle idee e le preoccupazioni che via via si sono andate affacciando sulla funzione delle regioni, sul loro stato e sulla loro sorte.

Molta, se non pari, attenzione Miele dedica allo studio — anche

qui *de iure condito* e *de iure condendo* — degli enti territoriali minori, i comuni e le provincie: particolarmente significativo lo studio del nuovo ordinamento degli enti locali in Sicilia, nel quale egli ascrive a merito della regione siciliana di aver precorso il legislatore nazionale nell'attuazione di una legge fondata sulla duplice esigenza dell'autonomia e dell'efficienza degli enti locali (l'esperienza dell'applicazione della legge porterà poi gli osservatori a considerare con minore ottimismo le scelte adottate).

Da tutti questi studi si ricava il concetto che lo studioso ha degli enti locali territoriali come essenziali partizioni della comunità nazionale aventi la cura degli interessi delle corrispondenti collettività: enti, con un vero e proprio diritto sul proprio territorio, fini generali e sufficiente autonomia amministrativa e finanziaria per la preparazione civile e politica di una classe che sia in grado di amministrare la cosa pubblica non solo negli organi di tali comunità, ma anche in quelli dello stato.

Miele tiene a sottolineare la piena parità fra tutti gli enti territoriali: parità, quanto a natura e parità quanto a rapporti fra di loro e con lo stato.

Sotto quest'ultimo profilo, ciò significa che comuni e province non sono (e tali non li fa diventare l'art. 130 Costituzione) enti regionali o sub-regionali o para-regionali, ma enti, dal punto di vista dell'autonomia, perfettamente pari alle regioni e significa ancora che tutti sono in pari posizione di dipendenza rispetto alla sovranità dello Stato e di derivazione rispetto all'ordinamento giuridico generale.

Quanto a natura, la parità si ha in ciò che sono tutti enti di amministrazione e non enti politici, partecipi cioè del potere politico, o enti costituzionali. Anche la Regione ha la stessa natura, pur se la sua autonomia ha una speciale rilevanza costituzionale.

Bisogna però dire che, se la stretta indagine giuridica e, diciamo pure, la confessata ripugnanza per certi facili *slogan* di propaganda regionalistica (come quello de «le regioni per la riforma dello Stato») hanno condotto Miele a precisare e contenere la posizione della Regione nello stato ed a concepire questa come un ente totalmente o prevalentemente d'amministrazione, la consapevolezza del ruolo fondamentale e particolare di essa per la trasformazione dello stato stesso e per la sorte degli sviluppi autonomistici, in cui Miele

credeva fermamente, è sempre presente in lui e lo è particolarmente negli studi più recenti, fino a fargli scrivere «finora i risultati della sperimentazione regionale sono stati deludenti... È mancato quello che costituisce il fattore primario dell'azione, l'*autonomia sentita come fatto politico prima che istituzionale*... L'autonomia è stata solo intesa come posizione meramente rivendicativa nei confronti dello Stato, e difesa più con affermazioni di principio che con prove di buona volontà. Si è creduto di esaurire il confronto dialettico in una nuova contrapposizione che, ha visto l'apparato statale pressochè intransigente sulle sue posizioni, ha visto altresì una regione poco propensa a certi necessari riconoscimenti della realtà contemporanea quale il potere e la responsabilità dello stato di determinare le linee di sviluppo delle società civili secondo il metodo della programmazione» (22). Dove il confronto Stato-Regione è collocato ben al di sopra e al di fuori del mero rapporto fra il soggetto d'amministrazione e il suo tutore.

B) *Intervento pubblico nell'economia*. Nella seconda metà degli anni Cinquanta e i primi degli anni Sessanta nasceva, nel nostro paese — fra politici e studiosi e nell'opinione pubblica — l'interesse per le forme e i problemi dell'intervento pubblico nell'economia. La trasformazione economica e sociale della nostra società prende in quell'epoca l'avvio fra le spinte disarmoniche e sconnesse del crescente sviluppo, l'esigenza di far fronte ad emergenze contingenti, e le ipoteche poste dalle ideologie, che collocandosi nel solco della Costituzione, ne sollecitavano l'attuazione in un senso o nell'altro. Interessano la dottrina pubblicistica soprattutto i temi relativi agli obiettivi oltre che agli strumenti e ai metodi con i quali l'intervento pubblico può incidere nella trasformazione e governarla.

Miele è anche qui sollecito a mettere il suo impegno al servizio del compito di portare ordine in una materia nuova, la quale pone difficili problemi di sistemazione dei rapporti fra libertà e iniziativa degli individui e ingerenza dello stato.

In una serie di studi — originati da occasioni varie (congressi, progetti di riforma etc.) — comparsi in questo periodo — Miele esamina i punti più sensibili della materia (i problemi della piani-

(22) *Le Regioni: politica o amministrazione?* in *Scritti cit.*, II, 1108.

ficazione economica e quelli della tutela dell'interesse pubblico nell'impresa; la riforma agraria; la pianificazione urbanistica; l'impresa-ente pubblico etc.) considerandoli soprattutto dal punto di vista costituzionale. In sostanza, la sua ricerca è diretta ad indagare il valore e la interpretazione degli artt. 41 e segg. della carta costituzionale nel cui quadro unitario colloca i singoli problemi.

A sua volta, però, l'elemento unificante del quadro è visto negli artt. 3 e 4 della stessa carta e nel modello di stato sociale che essi disegnano.

Oltre che stato delle autonomie e del decentramento, lo stato raffigurato nella costituzione è dunque per Miele stato sociale perchè «assume nei propri fini non solo di fornire i servizi occorrenti e utili ai bisogni della convivenza ma anche di provvedere ad elevare il tenore di vita della popolazione e ad appianare le diseguaglianze sociali. Da qui, egli scrive, i vari interventi nell'economia» (23).

Sulla base di tale principio, l'intervento pubblico nell'economia va dunque visto non come un fatto provvisorio ed eccezionale, ma come una componente strutturale del modello di stato raffigurato dalla Costituzione.

Da esso, e dalle specifiche disposizioni degli artt. 41 e segg., discendono le soluzioni che, per singoli problemi o per vasti settori d'intervento, Miele propone. Discende, soprattutto, la affermazione del valore e della legittimità della pianificazione come efficace strumento di giustizia sociale e di attuazione dei diritti sociali, con possibilità, costituzionalmente previste, di incidere sui diritti economici (sulla libertà di iniziativa economica, sulla proprietà privata, per il trasferimento di imprese al potere pubblico ecc.), ma non sulle libertà civili e politiche che invece, nello stato di diritto, godono riconoscimento incondizionato. Lo stato sociale di Miele è, anche o anzitutto, stato di diritto. Il suo pensiero si sviluppa, a questo proposito, nello stesso senso di quello degli studiosi tedeschi dello stesso periodo, come Forsthoff, che parlavano di stato sociale di diritto: anche per lui, come per questi studiosi (24), stato di diritto

(23) In *Problemi cost. e amm. della pianificazione economica* in *Scritti* cit., II, 643.

(24) Cfr., per tutti, E. FORSTHOFF, *Rechtsstat im Wandel*, Stuttgart, 1964: trad. it. *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, 31 segg. (ivi, altra letteratura).

e stato sociale sono due ordini di valori, essenziali nella società moderna, che coesistono, integrandosi — non senza tensioni — ma non elidendosi l'un l'altro.

Lo studioso sente molto il grave problema della compatibilità delle misure autoritative di tutela dell'interesse pubblico nell'economia con il principio dell'iniziativa privata che riceve riconoscimento esplicito nel I° c. dell'art. 41: problema che per lui trova soluzione in base ad una lettura integrale dell'art. 41, nelle cui tre proposizioni si manifesta «una progressione calcolata verso l'affermazione della preponderanza dell'utilità sociale o dei fini sociali sulla iniziativa privata» (25).

Ciò significa che, se pur l'iniziativa privata è ritenuta essenziale per la nostra economia per cui può essere limitata ma non esclusa (a parte le ipotesi dell'art. 43), si legittimano costituzionalmente le misure autoritative che incidano sulla costituzione, sulla vita, sulla disponibilità e sulla cessazione delle imprese. Il senso dell'utilità sociale e del bene comune è molto forte in Miele, il quale appare in questo settore sensibile all'ideologia di fonte cattolica (egli fa in proposito riferimento all'Enciclica *Summi Pontificatus* (26), vicino soprattutto a quella dei giuristi cattolici che parteciparono all'elaborazione del testo costituzionale (in primo luogo, Mortati).

C) *Giustizia amministrativa*. Gli studi di giustizia amministrativa hanno nella produzione scientifica di Miele un posto preminente, vuoi per l'importanza teorica e pratica dei singoli problemi esaminati, vuoi per il significato che l'argomento riveste nel pensiero giuridico complessivo dello studioso.

La sua attenzione per i temi della giustizia amministrativa non nasce, infatti, o non nasce soltanto, come invece accade negli studiosi delle generazioni successive, da interessi tecnico-procedurali — per quanto siano dovuti a lui anche molti contributi di questa natura (come, per limitare le citazioni, l'ampio e approfondito saggio sull'appello nel giudizio amministrativo (27) che non trovo compreso nei volumi degli Scritti) — ma nasce, come nella

(25) *La tutela dell'interesse pubblico nell'impresa* in *Scritti cit.*, II, 846.

(26) *Problemi cost. e amm. cit.* in *Scritti cit.* II, 643.

(27) *Il Consiglio di stato come giudice d'appello* in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, II, 357 segg.

tradizione della scienza del diritto amministrativo, dal fatto di ravvisare nella giustizia amministrativa un momento o un aspetto dello stesso diritto amministrativo.

Si sa che siffatta posizione della giustizia amministrativa le fa attribuire, dagli osservatori e dai critici (a cominciare da Tocqueville, ma gli acuti studiosi della scuola fiorentina di storia del diritto italiano hanno di recente molto insistito su questo punto ⁽²⁸⁾) valore di tratto essenziale dello stato amministrativo, elemento di completamento e di copertura di esso, in quanto i suoi istituti, concorrendo ad assicurare — attraverso l'individuazione con metodi processuali delle singole illegittimità compiute dall'amministrazione — la tutela e la soddisfazione dell'interesse pubblico, finiscono per ribadire la preminenza dell'amministrazione propria di tale stato.

Ma questa idea e questa funzione della giustizia amministrativa sono totalmente estranee al pensiero di Miele, nel quale, fin da quando in «*Questioni vecchie e nuove etc.*» rifiutava la tesi (dei più antichi studiosi di giustizia amministrativa, tesi allora rinverdata da Guicciardi) che la protezione giurisdizionale amministrativa è accordata al cittadino nell'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione, è sempre stata radicata la convinzione che la protezione è invece garanzia di libertà, strumento di crescita dell'individuo (persona) e dei suoi diritti verso lo Stato, elemento, quindi, non di rafforzamento della soggezione di esso individuo allo Stato, ma di sviluppo dal processo di conquista all'individuo di spazi di libertà. Si noterà come su questo punto il pensiero di Miele si accosti a quello di Cammeo che vedeva nel problema dell'assicurazione della legalità dell'amministrazione, anche attraverso gli istituti di giustizia amministrativa, il vero problema della libertà dei cittadini ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Si veda particolarmente il libro di B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, 1985, *passim* ma part. 361 segg. e 445 segg. Sulla funzione della giustizia amministrativa in Tocqueville e nella dottrina amministrativistica italiana dell'800, cfr. G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1981. Per l'argomento è anche essenziale il volume collettaneo, *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra otto e novecento*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli, 1986, *passim*, ma part. 57 segg. e 309 segg.

⁽²⁹⁾ F. CAMMEO, *Commentario delle leggi di giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d. (ma 1910), 2 segg. Va rilevato che sia Cammeo che Miele si ricollegavano così alla concezione di Orlando, secondo il quale il problema della legalità dell'azione ammini-

È così che Miele afferma — io credo, esattamente — che la creazione del giudice amministrativo e la tutela assicurata attraverso di esso all'interesse legittimo non rappresentarono, nella storia degli istituti amministrativi e nello sviluppo della società italiana, una parentesi illiberale, ma al contrario un elemento positivo per salvaguardare, oltre i confini del diritto soggettivo e dell'azione del giudice ordinario, le utilità dei cittadini e costringere l'Amministrazione alla legalità della sua azione. La scelta operata dal legislatore del 1889 fu per Miele una scelta di libertà e la dilatazione, prodotta dalla interpretazione di quella legge e dalle stesse trasformazioni dell'amministrazione, della sfera di competenze del giudice amministrativo ha grandemente concorso e concorre allo sviluppo delle garanzie del cittadino (egli è però critico circa la costituzionalizzazione dell'attuale criterio di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo).

Partendo da queste idee centrali, gli studi di Miele si svolgono secondo un disegno, largamente giustificato da principi e regole costituzionali, di depurazione, di rafforzamento e di assicurazione dell'efficienza della giurisdizione amministrativa.

Quanto alla depurazione della giurisdizione amministrativa — che è giurisdizione «ordinaria» come quella propria del giudice civile — Miele è sensibile soprattutto al problema (tuttora attuale) della indipendenza del Consiglio di Stato, imposta dagli artt. 100 e 108 Costituzione, e che egli vede giustamente compromessa dalle nomine governative e dalla illimitata possibilità di circolazione dei membri del Consiglio di Stato fra sezioni consultive, sezioni giurisdizionali e incarichi ministeriali (la cui pratica, che sottrae forze al Consiglio e ne minaccia la imparzialità, è sempre più diffusa).

Quanto al rafforzamento ed all'ampliamento della giurisdizione amministrativa, fondamentale è per lui la completa attuazione

strativa è sempre la questione essenziale del diritto amministrativo così come la giustizia amministrativa costituisce «il campo concreto in cui maggiormente si attuano i principi teorici dello stato di diritto» (V. E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Trattato completo di diritto amministrativo*, I, Milano, 1900, 41 segg.). Su questa concezione e il suo valore centrale nel pensiero di Orlando, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione cit.*, 289 segg. e il vol. coll. *I giuristi e la crisi dello stato liberale cit.*, 100 segg.

dell'art. 113 Cost., norma cui conferisce il massimo di significato e di valore ⁽³⁰⁾, e dalla cui violazione fa discendere molte delle limitazioni di tutela allora e ancora adesso vigenti (dalla inattuazione dell'art. 113 fa anche discendere — con riferimento questa volta al giudice ordinario — le limitazioni all'azione giudiziaria in materia tributaria, che è ancora un punto dolente del nostro ordinamento).

Quanto, infine, all'efficienza, basta ricordare che proprio nella relazione sulla giustizia amministrativa al Congresso per il centenario delle leggi amministrative tenutosi a Firenze, Miele, oltre ad esporre il suo pensiero sulla natura e funzione della giustizia amministrativa, ha offerto realisticamente un largo panorama dei mali e delle lacune di questa giustizia e in particolare del giudizio amministrativo, segnalando esigenze che sono ancora lungi dall'essere soddisfatte (come quella dell'ampliamento della legittimazione ad agire nel giudizio amministrativo, della necessaria attribuzione al giudice amministrativo di un adeguato potere di condanna etc.).

5. Cominciando a tirare le fila di questo discorso, chiediamoci ora riassuntivamente quale modello di amministrazione Miele abbia disegnato nei suoi diritti.

Alcuni aspetti della sua opera possono lasciare pensare che la sua concezione al riguardo non si discosti da quella dei Maestri ai quali fu più vicino (Romano, Zanobini), convinti sostenitori della formula dello stato amministrativo, i cui connotati sono noti: centralità dell'amministrazione e supremazia di essa rispetto ai cittadini — e dell'amministrazione statale rispetto agli enti diversi dallo Stato —; diritto amministrativo come diritto speciale nel senso di «diritto proprio dell'Amministrazione e dei rapporti amministrativi» (Miele, come ho detto prima — par. n. 3 — è

⁽³⁰⁾ Per Miele (*Riflessi della Costituzione sull'ordinamento del contenzioso tributario*, ora in *Scritti cit.*, II, 535 segg.), l'art. 113 va interpretato nel senso; a) che con l'espressione «atti» della pubblica amministrazione la norma abbia inteso riferirsi anche ai «fatti»; b) che non abbia inteso esprimere solo l'esigenza formale di impugnativa di un atto amministrativo, ma il concetto della difesa da un atto, fatto o pretesa della p.a. anche se l'*occasione* della tutela invocata non sia un atto; c) che la tutela accordata dalla norma debba aver luogo nel modo proprio e normale della situazione giuridica fatta valere e del giudice invocato.

totalmente fuori della pandettistica e non crede al diritto privato come diritto comune ⁽³¹⁾; giudice proprio. La sua concezione degli enti pubblici come enti al servizio dello stato e il contenimento delle autonomie locali nell'ambito della sfera meramente amministrativa, anche esse soggette allo stato, fonte ultima di qualificazione e di interpretazione dell'interesse pubblico, sono concezioni rigorosamente coerenti con questa formula, ed anzi appaiono come fortemente restrittive ⁽³²⁾.

Sappiamo già però che ci sono nel pensiero di Miele altre idee — e, più che idee, radicate convinzioni — che non tanto alterano la purezza del modello, quanto collocano lo studioso in una posizione fortemente autonoma rispetto a quella dottrina.

Bisogna tener presente innanzi tutto che egli, nel complesso, parla poco di amministrazione e molto di stato, specialmente quando disegna i rapporti fra poteri pubblici e privati. Stando ai soli profili ricordati or ora, gli enti pubblici sono, per lui, al servizio non dell'amministrazione, ma dello stato; ed è lo stato e non l'amministrazione la fonte ultima di qualificazione e di determinazione dell'interesse pubblico nei rapporti con le autonomie locali. Non vorrei essere accusato di fare qui della critica filologica come se invece di Miele si trattasse di un glossatore, ma, se si considera che nelle idee dello studioso lo stato-persona è non solo amministrazione, ma anche legislazione e giurisdizione e, per giunta, in quest'unità, esso è soltanto il momento soggettivo dell'intero ordinamento, sembra giustificato concludere che per Miele la supremazia dell'amministrazione (quando esiste: si ricorderà che per lui il diritto pubblico non è necessariamente il diritto della disuguaglianza e della supremazia) è sostanzialmente supremazia del diritto.

L'amministrazione appare cioè essere soltanto l'esecutrice della volontà dell'ordinamento, così come posta dal legislatore e interpretata dal giudice.

⁽³¹⁾ *Principi*, cit., 30 segg.

⁽³²⁾ Sono del resto molto vicine alle concezioni proposte da O. RANELLETTI nella sua prolusione di Pavia (*Il concetto di «pubblico» nel diritto* ora in *Riv. it. per le scienze giur.* XXXIX, 1905, 307 segg.) ai primi del secolo, avallate nello stesso torno di tempo da SANTI ROMANO (*Il Comune*, in *Trattato ORLANDO* vol. II, 1, Milano, 1908, 24 segg.) e diventate poi patrimonio indiscusso di tutta la dottrina italiana.

Del resto, Miele è molto deciso nel subordinare l'amministrazione alla legge, muovendosi, si può dire, nel solco dell'insegnamento di Zanobini ⁽³³⁾, (e, ovviamente, come abbiamo visto, ai principi e alle regole della Costituzione). Nei *Principi* sottolinea «la fondamentale soggezione (dell'attività amministrativa) al diritto obiettivo non già nel senso di un'attività che si muove entro l'ordinamento giuridico... quanto piuttosto nel senso di un'attività vincolata all'osservanza delle norme legislative e regolamentari esistenti» e precisa che l'amministrazione «agisce in esecuzione della legge», pur se avverte subito dopo che non si tratta di «puntuale e, si direbbe meccanica applicazione della legge» ⁽³⁴⁾.

Egli ovviamente riconosce la libertà che residua all'amministrazione nei casi non regolati, ma assegna un valore molto limitato all'autonomia dell'amministrazione. «Il potere regolamentare, come potere giuridico rispetto all'ordinamento generale, egli dichiara, non ha altro fondamento che una norma espressa o tacita di questo»: e così rifiuta, anche qui accostandosi alle idee di Zanobini, la spiegazione che riconduce tale fondamento alla esistenza di una sfera discrezionale dell'organo.

La svalutazione dell'autonomia dell'amministrazione e la subordinazione dell'amministrazione alla legge hanno una delle loro manifestazioni più significative nella cancellazione dalle mappe dell'amministrazione delle roccheforti più resistenti di questa autonomia, gli ambiti delle c.d. supremazie speciali: per Miele, come abbiamo visto (par. n. 3), non vi sono nell'ordinamento *enclaves* di nessun tipo: il potere dello Stato (considerato, si è già visto, come mera forza giuridica) si esercita egualmente nei confronti di tutti e sulla base delle stesse disposizioni normative.

Se la supremazia dell'amministrazione è siffattamente concepita, non meno importante è il rilievo che Miele assegna, nella sua visione del sistema, al privato, un rilievo che troviamo già nei suoi primi scritti e che è, per lo studioso, così caratterizzante della

⁽³³⁾ Mi pare che, nell'essenziale, Miele riprenda sul punto la nota posizione di Zanobini. Per F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, voce nell'*Enc. del dir.*, XXIV, Milano, 1974, 129 nt. 26, la tesi di Miele va considerata mediana fra quella di Zanobini e le tesi di tutti coloro che vedono nella legge solo un limite della attività amministrativa.

⁽³⁴⁾ I brani riportati nel testo sono nei *Principi*, cit., 35 segg. e 228 segg.

formula del nostro stato, che la scarsa attenzione che invece ad esso dedica Orlando è per Miele ragione di critica del concetto che del rapporto amministrativo ha il vecchio maestro ⁽³⁵⁾. Per lui, l'esistenza del rapporto amministrativo postula una posizione del privato che tendenzialmente, salvo i casi di prevalenza dell'amministrazione voluti dal diritto obiettivo, pareggi la posizione di questa (rendendo possibile, come sappiamo, anche il contratto amministrativo). Il privato è visto non come mera figura giuridica, punto di riferimento dell'azione amministrativa, ma come persona titolare di situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi e interessi legittimi) e soprattutto di libertà civili, politiche ed economiche, al cui rispetto ed al cui svolgimento, secondo la particolare natura di esse, lo Stato è tenuto. La predilezione di Miele per lo stato sociale e i suoi interventi non è mai disgiunta dalla necessità di tener fermi i pilastri dello stato di diritto che sono appunto la supremazia della legge e il più scrupoloso rispetto delle libertà dei cittadini.

È in questo quadro che si inserisce la funzione essenziale della giustizia amministrativa, vista dallo studioso, come sappiamo, principalmente quale strumento concorrente di tutela di queste libertà e non quale mezzo di conservazione delle prerogative dell'amministrazione.

In Miele, dunque, come in Cammeo, il senso pieno del valore dell'individuo e delle sue libertà e il tentativo di comporre, in quello che è stato chiamato «un difficile equilibrio» ⁽³⁶⁾, il rapporto fra la libertà e potere.

6. Dal modello di amministrazione al metodo di indagine che è proprio di Miele: un tema caro allo studioso che vi è ritornato molte volte, soprattutto negli scritti più antichi.

Bisogna cominciare con il tener presente che la concezione del diritto che egli adotta è una concezione normativistica, alla quale è

⁽³⁵⁾ *Scritti* cit., 592. Quasi in contrapposizione, Miele indica fra le ragioni d'interesse attuale che lo inducono a ripubblicare il Corso di *Cammeo*, il fatto che esso presenti una parte generale della materia in cui è sempre viva la presenza degli amministrati accanto ai soggetti attivi di pubblica amministrazione (*Prefazione al Corso* cit., VII).

⁽³⁶⁾ B. SORDI, *Giustizia e amministrazione* cit., 379 seg.

rimasto sempre fedele. Non inganni il fatto che abbia prestato formale adesione alla teoria romaniana dell'ordinamento-istituzione ed anzi ne abbia fatto applicazione in alcuni suoi scritti (per esempio ne *Le situazioni di necessità dello Stato* e ne *La successione degli enti territoriali autarchici*) (37). Nè in lui nè del resto nello stesso Romano, come sappiamo, essa diventò effettiva base dell'intera vita del diritto e vero criterio di comprensione e interpretazione di esso. Perchè ciò accada, sappiamo, bisogna che si presti all'ordinamento-istituzione o almeno ad alcuni fra tali ordinamenti un valore «proprio» (con tutti i problemi che questo ovviamente comporta ed anche con la possibilità che attraverso tale via vengano legittimate interpretazioni fortemente conservatrici della natura e della posizione dell'amministrazione) (38) ma, una volta considerato ogni ordinamento (come venne considerato) quale derivato dallo ordinamento generale, il fondamento istituzionale non può assumere che un mero valore di alimentazione e ambientazione della norma e cioè di mitigazione e apertura della concezione normativista: il che è proprio quello che è avvenuto in Miele. Al centro del diritto, per lui, ci sono dunque le norme e il sistema o i sistemi di norme. La scienza del diritto è soprattutto una scienza normologica e il suo metodo giuridico è coerente con questo presupposto.

Nasce qui il problema del formalismo di Miele. Ma, anzitutto, cosa è il formalismo? Cammarata (39) scriveva che è destinato all'insuccesso il tentativo di stabilire il significato proprio e autentico di formalismo fra i tanti in cui è stata usata la espressione, e proponeva una interpretazione di essa che mi sembra calzante. Gli sembrava che l'idea di fondo del formalismo fosse che la *scientia iuris* debba essere attenta non al singolo valore (o complesso di valori) nè al singolo interesse (o complesso d'interessi), che attengono al contenuto del diritto, ma ai modelli (o schemi o classi o tipi), in cui i valori vengono assunti nelle loro identità (forma), sì da

(37) *Scritti* cit., I, rispettivamente 212 segg. e 76 segg.

(38) È quanto scrive M. FIORAVANTI in *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano* (nel volume *I giuristi e la crisi dello stato liberale*, cit., 339 segg.).

(39) *Formalismo giuridico* in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 1012 segg. Per il punto, mi permetto di rinviare anche al mio scritto *Il ruolo dei giuristi nello stato liberale in Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988 II, 339 segg.

consentire di fondare la regola valevole per tutti i casi (dove la possibilità del sistema, delle teorie generali etc.).

Se il formalismo è questo, Miele dev'essere classificato fra i formalisti, perchè la sua indagine è sempre tesa ad identificare i modelli di comportamento che l'ordinamento impone. Questa identificazione deve però avvenire attraverso le norme e il loro sistema; i concetti giuridici infatti non sono degli *a priori* ma il frutto della elaborazione dei contenuti delle norme.

Questo continuo riferimento al diritto positivo, come punto di derivazione e alimento di ogni costruzione giuridica, oltre che la consapevolezza piena della funzione pratica del diritto, distaccano Miele dai dommatici o puristi, con i quali anzi polemizza (come con Perassi) ⁽⁴⁰⁾. Mentre il vivo senso della «sostanza sociale» (che egli apprezza soprattutto in Romano) o della «realtà sociale» («quel che dunque decide della vita del diritto è la realtà sociale, della quale espressione cospicua è il fatto umano»: egli scriveva ne *Le situazioni di necessità* ⁽⁴¹⁾), ma il collegamento con la realtà sociale si farà più stretto nel secondo periodo in cui eserciterà la sua funzione di giurista proprio seguendo con stretta aderenza l'evolversi della realtà sociale) lo distaccano dallo stretto positivismo per il quale il solo valore è la legge, così come è o, sarebbe meglio dire, così come appare.

Del resto, l'assunzione di punti di vista dinamici nello studio dell'attività amministrativa e l'importanza attribuita allo studio della organizzazione amministrativa, di cui ho già parlato, sono segni evidenti della costante apertura del formalismo di Miele verso i fenomeni della concreta esperienza amministrativa.

E se, nei suoi scritti, egli non dedica alcuna attenzione al dilagare nella vita amministrativa dei poteri di fatto o dello esercizio di fatto di poteri legittimi, non è probabilmente per una scelta teorica, ma per una ragione pratica, per la convinzione che la scienza del diritto debba dominare la dispersione e il disordine, non legittimarli. Peraltro, a questo problema non aveva già dato una

⁽⁴⁰⁾ *Scritti* cit., I, 121 segg.

⁽⁴¹⁾ *Scritti* cit., I, 216 segg.

risposta in senso realistico nel 1936 ne *Le situazioni di necessità dello stato?* (42).

7. Dunque, il tema fondamentale dell'opera di Miele, il tema dal quale tutti gli altri si dipartono, o al quale si ricollegano, è quello del rapporto fra individuo e Stato, fra libertà e potere, fra iniziativa del singolo e disegni della collettività. Per lui, c'è verità e realtà in ognuno dei termini dell'antitesi. C'è un «diritto» dello Stato e c'è un «diritto» dell'individuo e sono entrambi essenziali e insopprimibili. Il problema è di assicurare l'equilibrio fra le due forze, un problema di difficile soluzione, un problema anzi che non ha soluzione ma soluzioni, perchè infiniti sono i campi in cui le due forze si misurano e mutevoli le condizioni in cui ciò avviene.

Assicurare questo equilibrio, elaborare le forme in cui esso possa comporsi, è anche il compito — l'ingrato compito — del giurista. Proprio a questo mi pare che Miele si sia dedicato in tutta la sua opera, pienamente consapevole della asprezza ed essenzialità della funzione che aveva scelto di esercitare, vivendo scientificamente la vita del proprio tempo, ma non servo di esso, bensì teso ad intenderlo, a riordinare la trama, a tentare di fermare, con i suoi concetti, la dispersiva e torbida frammentarietà dei fenomeni contingenti.

Al di là dei singoli problemi affrontati, al di là dell'esattezza delle singole soluzioni proposte, mi pare così che il senso e il valore ultimo dell'insegnamento di Miele stiano, da una parte, nell'aver posto ad oggetto dei suoi studi quello che è il dramma delle moderne società o, forse più, il dramma delle moderne coscienze — il contrasto immanente fra libertà e potere — dall'altra di essersi sforzato di dominare il suo inquieto oggetto con la forza della ragione, la obiettività, la chiarezza, che, per il meglio o per il peggio, sono i soli strumenti di cui dispone il giurista. E di questo — di averci richiamato al tema e di averci indicato il metodo, stavo per dire, lo stile — gli siamo grati.

(42) *Scritti cit.*, I, 203 segg.

ROBERTO RUFFILLI

LA QUESTIONE DEL DECENTRAMENTO NELL'ITALIA LIBERALE

Le acquisizioni antiche e recenti della storiografia, con le integrazioni fornite dalle scienze sociali, consentono di fissare taluni elementi di fondo della vicenda del decentramento nell'età di Minghetti, ed in generale nell'Italia liberale.

Assai illuminanti risultano, in proposito, anche i dati forniti dal confronto con l'analogica vicenda nei paesi dell'Epoca liberale. Con essi diventa possibile cogliere meglio talune specificità del caso italiano; e si può al tempo stesso seguire il proporsi in questo di linee di tendenze comuni ai paesi europei nell'età liberale, circa lo intreccio fra questione del decentramento ed evoluzione del rapporto stato società, messo in moto dalla rivoluzione francese e dalla rivoluzione industriale.

Emerge così chiaramente l'accentuarsi da noi, in taluni periodi, di una battaglia contro l'«accentramento politico», rimasta sporadica nel resto dell'Europa. Questa trae alimento da una contestazione della «unità politica», realizzata con uno «stato nuovo», e sentita come il frutto di un «colpo di mano». Viene messa in discussione la validità della unità stessa e del monopolio giuridico e politico ad essa collegato, e si punta alla sua revisione, in chiave di pluralismo, con il ritorno al passato preunitario o con l'avvento di un sistema federale. Si fa sentire l'esigenza di uno sviluppo della libertà politica per la «società civile» e le sue formazioni, con il superamento della «separazione» della stessa rispetto allo «stato politico», e con la redistribuzione del potere, in fatto di decisione politica e di ordinamento giuridico, concentrato in quest'ultimo.

Contemporaneamente, emerge il dispiegarsi anche da noi della battaglia contro l'«accentramento amministrativo», in corso nei paesi dell'Europa liberale. Essa si presenta per taluni aspetti in-

trecciata con la battaglia relativa allo accentramento politico; ma mantiene anche una sua specificità. Anch'essa si riallaccia ai problemi aperti a proposito della separazione fra stato e società. Ma si collega, dapprima, al perfezionamento della stessa, con la ricerca di un equilibrio, che sanziona l'unità di indirizzo politico e giuridico del primo, e valorizza, al tempo stesso, una autorealizzazione della seconda e delle sue varie formazioni. E si radica, successivamente, nell'esigenza di organizzare la crescente «compenetrazione» fra stato e società e le interdipendenze sempre maggiori fra l'uno e l'altra, sul piano politico ed istituzionale, come su quello economico e sociale.

La contestazione dell'unità politica.

La battaglia contro l'accentramento politico ha trovato i suoi corifei nell'ambito delle forze messe ai margini nella costruzione unitaria: i radical democratici ed i cattolici intransigenti. In seguito, si sono impegnati in tal senso specialmente i partiti popolari, legati alle masse socialiste e cattoliche, così come si è verificato in altri paesi europei.

I primi hanno preso le mosse della valutazione negativa nei confronti di uno stato costruito quasi all'improvviso, sulla base della «conquista piemontese» e comunque di una imposizione, ad opera di una classe dirigente assai ristretta. Ed hanno chiesto il riconoscimento di diritti di libertà, posti come originari, contestando i limiti sul punto dello stato liberal nazionale, uscito dalla rivoluzione francese.

Essi però si sono divisi. Si sono fatti sentire i fautori della libertà come «diritto dell'uomo e del cittadino», a fondazione razional universalistica, nella logica della contrapposizione fra potere locale e potere centrale, e del perfezionamento della divisione di questo ultimo, con la libertà locale posta come garanzia di quella individuale. Contemporaneamente sono venuti alla ribalta i portatori della libertà come «privilegio di ceti» e degli ordini politici e sociali, a fondazione tradizionalistica, con una libertà locale ricondotta alla garanzia di un assetto organicistico e gerarchico della società. La battaglia per lo scioglimento dello stato unitario e l'avvento di uno stato federale, è stata indebolita dalla contrappo-

sizione fra la prospettiva «passatista» del riconoscimento dei diritti degli stati preunitari e delle libertà organiche della società d'antico regime, e la prospettiva «liberal garantista» della realizzazione di un pluralismo politico ed istituzionale, a salvaguardia della libertà per il singolo ed i gruppi, come «pianta delle molte radici», alla luce anche delle teorizzazioni in tema di «pouvoir municipal».

È diventato quindi agevole per le forze alla testa del nuovo stato accantonare le istanze in tema di federalismo, di quello legato agli ex-stati e di quello legato alle regioni più o meno storiche, dato anche lo scarso seguito ottenuto nel paese. In tale constesto, le istanze per un federalismo di stampo repubblicano e liberal individualista, nella linea cattaneana, sono rimaste come punto di riferimento nella lotta per la democratizzazione dello stato unitario. Lo stesso si è verificato per quelle di un federalismo di stampo più propriamente anarchico, secondo modelli proudhoniani e comuardi.

Ha perso, invece, irrimediabilmente terreno l'indicazione di un federalismo di matrice tradizionalista e cattolica, con la riproposizione del pluralismo organicista di un antico regime fortemente idealizzato. Anche se ha influenzato successivamente il collegamento delle battaglie autonomiste, di parte cattolica soprattutto, con la valorizzazione di dimensioni comunitarie.

Forza crescente hanno poi trovato le richieste per la «autonomia» politica dei corpi locali, comunali, provinciali, regionali. Esse sono state portate avanti soprattutto dal movimento socialista e dal movimento cattolico, ed hanno avuto le teorizzazioni e le realizzazioni più significative, nell'ambito del «socialismo municipale» e del «municipalismo cattolico». Con tali istanze siamo in presenza del tentativo di combinare la richiesta di una «libertà dallo stato» con quella di una «libertà nello stato».

Permane, specie in campo cattolico, la visione della libertà locale, come dato naturale e potere originario; e viene ad incidere, specie in campo socialista, una concezione di tale libertà, come contrapposizione allo stato, in chiave di difesa delle classi subalterne. Di qui il richiamo alle tradizioni del comune medievale e dei suoi poteri politici, e la ripresa di aspetti dell'autogoverno di stampo anglosassone, in vista della fondazione di una autonomia

politica per i corpi locali, da far valere contro, ma al tempo stesso entro lo stato unitario.

Ma anche le istanze per l'autonomismo locale non sono riuscite a far breccia in modo pieno nel muro dell'accentramento politico, costruito e mantenuto saldo dai governanti liberal moderati, ed anche da quelli liberal democratici. Questi hanno continuato ad opporre il rifiuto più pieno ad ogni forma di riconoscimento a livello politico, ed anche poi a livello amministrativo, delle formazioni regionali. Ed hanno così accantonato pure le proposte emerse al loro interno, come quelle di Minghetti e di Jacini, per un organico decentramento burocratico a livello regionale. Anche se in seguito si sono mossi per taluni settori in tale direzione.

Contemporaneamente, i governanti dell'Italia liberale hanno lasciato cadere le istanze per lo sviluppo della autonomia politica dei comuni e delle provincie. Essi hanno proceduto molto lentamente ad accrescere la possibilità di autodeterminazione degli uni e delle altre, con l'elezione diretta dei vertici; ma hanno cercato di bloccare ogni espansione dell'autorealizzazione, sul piano dell'organizzazione e dell'attività, oltre che sul piano del diritto e del fisco, pur non riuscendo poi a fermare del tutto spinte settoriali in tal senso.

Le ragioni dell'accentramento e del decentramento politico.

È ancora aperto il dibattito sulle cause e gli effetti dell'accentramento politico nell'Italia liberale. Sono ormai stati precisati alcuni aspetti positivi dello stesso, per l'accelerazione dello sviluppo economico e sociale del paese, nonchè gli aspetti negativi per il superamento degli squilibri territoriali e di classe, e per la composizione delle difficoltà per l'integrazione politica delle masse popolari e piccolo borghesi.

Continuano, peraltro, a farsi sentire i resti quanto meno di tesi contrapposte e fortemente ideologizzate. Da una parte, ci si richiama, più o meno consapevolmente, alla prospettiva dell'accentramento, quale garanzia dell'unità politica dello stato nazionale, posta come una specie di necessità assoluta e la manifestazione di una modernità irreversibile. Il che porta alla squalifica in termini di astrattezza e di passatismo della richiesta per il federalismo e l'autonomia politica dei corpi locali. Dall'altra parte, si ripropone la

visione di un decentramento quale risposta obbligata al pluralismo politico, posto come prodotto ineliminabile della storia del paese e come espressione di una volontà naturale, per così dire, di partecipare all'esercizio del potere. Al che si lega l'attribuzione del successo dell'accentramento all'impiego della capacità repressiva del potere statale, ed alle prevaricazioni di classi dominanti autoritarie.

Esistono tuttavia una serie di dati, che possono consentire di avviare a scioglimento il contrasto sopra richiamato. Essi si ricavano dagli approfondimenti in ordine ai processi di modernizzazione, promossi dalla sociologia e dalla politologica weberiana e post-weberiana, nonché dalla storiografia costituzionale e socialstrutturale, ed infine dalla filosofia politica adesso in risveglio.

A ben guardare, la spinta ad un accentramento del potere politico, in vista dell'imposizione della unità ad una società, livellata nella subordinazione, ha segnato fin dagli inizi la costruzione dello stato nell'Europa continentale moderna. Essa si è posta, nella fase della monarchia assoluta, come aspetto costitutivo per la stessa legittimazione dello stato, oltre che per il suo funzionamento, ed in relazione poi all'inserimento nel sistema degli stati europei. In particolare, è diventata la base per la fondazione della sovranità dello stato, con un monopolio della forza legittima in grado di procedere alla neutralizzazione dei conflitti in una società, privata di poteri politici autonomi, in vista del soddisfacimento delle esigenze di ordine e di sviluppo all'interno e delle esigenze di equilibrio e di potenza all'esterno.

Tutto questo si è accentuato dopo la rivoluzione francese, con l'affermazione dello stato nazionale e della sua separazione rispetto alla società civile. Si è avuta la limitazione del potere politico concentrato nello stato rispetto a sudditi, trasformati in cittadini, e alla autoorganizzazione della società degli individui e del mercato capitalistico; ma si è tenuta ferma ed anzi, per taluni profili, si è cercato di potenziare la capacità di tale potere di bloccare in quest'ultima ogni reale pluralismo politico, tale da scalfire l'egemonia borghese, facendone l'interprete ed il costruttore di una unità nazionale, sempre più attiva verso l'esterno.

Le pressioni in tal senso non potevano che aumentare nel caso della costruzione in Italia dello stato e della nazione. Essa si è verificata in ritardo rispetto all'esperienza dei principali paesi

europei, ed ha dovuto misurarsi con l'ostilità della Santa Sede, e con la complessità dell'inserimento nel sistema degli stati europei. Di qui la forza acquisita dalla esigenza di un forte accentramento politico, a garanzia dell'affermazione del nuovo stato e della sua capacità di far valere, dall'alto, l'unità nazionale nei confronti di una società «riottosa e lontana».

Tale esigenza è risultata vincente rispetto a quella di affidare al pluralismo politico la costruzione, del basso, del nuovo stato. Indubbiamente quest'ultima strada poteva contare sul peso della lunga storia del pluralismo statale della penisola. Essa inoltre costituiva la riproposizione di una alternativa, che aveva accompagnato fin dagli inizi la affermazione dello stato, ad opera del «principe» e del potere concentrato nelle sue mani. Era l'alternativa del governo ascendente dal basso, al posto del governo discendente dall'alto. Essa prevedeva la valorizzazione del sistema dei «patti», dei contratti e degli accordi fra principe e ceti, ed in generale fra le formazioni politiche presenti nella società ed il nuovo potere statale, facendosi forte dell'esperienza dei comuni medievali e del «local government» inglese, mantenuta in qualche modo in piedi con la conferma dei «privilegi» ai corpi locali, da parte delle monarchie assolute.

Ma, al momento della costruzione del nuovo stato in Italia, tale alternativa ha dovuto scontare il fallimento dei tentativi federalistici, anche in relazione alla natura particolare dello stato pontificio. E si è poi scontrata con l'istanza di una unità politica compatta, quella nazionale appunto, non a caso configurata in chiave ideologica, al di fuori di ogni reale elemento pattizio, compresi quelli rimasti presenti a livello teorico e pratico nella monarchia assoluta.

Tale unità è diventata irresistibile per l'evoluzione in tal senso dell'intero sistema degli stati europei. Al che si è aggiunto il prevalere dei meccanismi elettivi rappresentativi e plebiscitari, al posto delle forme di partecipazione e di autogoverno di base, per il coinvolgimento della società nella vita dello stato.

D'altra parte, anche i portatori dell'unità politica nazionale ben presto si son trovati a dover constatare la non automaticità del radicamento della medesima. Essi hanno dovuto fronteggiare il persistere di resistenze tradizionali, e l'emergere della lotta di movimenti e partiti piccolo borghesi e popolari, per lo sviluppo dei

diritti di libertà e di partecipazione e per il dispiegamento del pluralismo politico e sociale ed istituzionale, non a caso nell'ambito di vocazioni internazionalistiche.

Ma si sono arroccati nella difesa della «loro» unità. E son venuti ad accentuare, nella linea comune al sistema degli stati europei, la carica aggressiva del nazionalismo verso l'esterno, attraverso il colonialismo e l'imperialismo. Contemporaneamente, hanno cercato di integrare e far partecipare alla «loro» unità le forze alla testa del nuovo pluralismo politico. A tal fine, hanno promosso l'allargamento del suffragio elettorale, nonchè l'espansione dell'intervento dello stato nella vita economico sociale, in vista dell'accelerazione dello sviluppo capitalistico ed industriale e del ridimensionamento della lotta di classe. Ferma è rimasta, tuttavia, la tendenza a mantenere le forze anzidette in posizione subalterna, sfruttando anche le potenzialità del clientelismo e del trasformismo.

In tal modo, però, si è solo rallentata la marcia verso l'articolazione dell'unità statale in chiave di pluralismo politico, oltre che sociale ed istituzionale. Questo è stato alimentato dallo sfaldarsi, all'interno, della separazione fra stato e società, sotto la spinta degli sviluppi della industrializzazione e del capitalismo organizzato e dell'avvio di un processo di democratizzazione, sia pure intrecciato con quello di burocratizzazione. Al che si è aggiunto lo sfaldarsi anche verso l'esterno, della sovranità statale, in relazione alla perdita di peso dell'intero sistema degli stati europei.

Ma la chiusura, difensiva ed offensiva assieme, contro il pluralismo politico, da parte dei governanti dello stato liberale, ha reso più complicata e travagliata l'evoluzione di quest'ultimo in senso democratico. Ed ha stimolato nei partiti impegnati per l'affermazione del proprio potere politico propensioni, antiche e nuove, verso il giacobinismo e verso il corporativismo, con il permanere di una forte venatura antistatalista. Il che ha contribuito all'accentuarsi da noi dello scontro fra le istanze per un decentramento politico, in chiave rivoluzionaria, nella linea di una democrazia dei «soviet» e dei «consigli», e quella di un accentramento politico, in chiave reazionaria, nella linea dello «stato totale» perseguito dal fascismo; ed ha reso così assai travagliato l'avvento di uno stato liberal democratico, pluralista e garantista.

La spinta al decentramento amministrativo.

Alla battaglia contro l'accentramento politico si è accompagnata quella contro l'accentramento amministrativo, che ha assunto una consistenza ben maggiore della prima. È vero che, in concomitanza con il progressivo radicarsi del nuovo stato, l'una e l'altra sono venute spesso a confluire in un'unica battaglia per l'articolazione dell'unità nazionale, attorno ad un pluralismo politico ed amministrativo assieme. Ma è vero anche che la lotta all'accentramento amministrativo ha continuato ad affrontare una serie di problemi peculiari: quelli legati alla contestazione dei limiti di una concentrazione, nei vertici dello stato, della cura e della gestione dell'interesse generale politico, ed al tempo stesso degli interessi particolari economico sociali, posti come propri delle formazioni locali.

Anche con la richiesta del decentramento amministrativo è stato sollevato un problema di libertà e di sviluppo della stessa per la società rispetto allo stato. Solo che non si è trattato, come nel caso del decentramento politico, del potenziamento della libertà politica dei gruppi sociali, in vista della possibilità per essi di incidere, dal basso, nella determinazione e nella realizzazione di interessi generali. Si è trattato invece del dispiegamento per le formazioni locali di una libertà economica, per così dire, del tipo di quella riconosciuta ai singoli per la cura degli interessi privati, secondo la logica della ricerca della rendita e del profitto nell'ambito del mercato. Anche se poi è rimasto il richiamo alla libertà come autorealizzazione di una collettività, pure nelle sue dimensioni comunitarie, riprendendo per questo aspetto la tematica liberale del «pouvoir municipal», ma lasciandone cadere i profili garantisti della contrapposizione dello stesso al potere statale.

Su tale base, la richiesta del decentramento amministrativo si è intrecciata con quella per la compiuta realizzazione della separazione fra stato politico e società civile, con il potenziamento della libertà di quest'ultima per la cura degli interessi particolari, individuali e collettivi. In tal senso hanno preso posizione portavoce di settori della classe dirigente alla guida del nuovo Stato, nella convinzione che questa fosse la strada migliore per superare le difficoltà dello stato unitario, sul piano del radicamento e della legittimazione nell'ambito della società italiana, e sul piano del

funzionamento e della correttezza del rapporto dei poteri statali tra loro e con i cittadini.

Assai significativamente si sono schierati, con particolare forza per il decentramento amministrativo esponenti e gruppi liberal democratici lontani dal potere. Essi ne hanno fatto anche lo strumento per convogliare a proprio favore le varie forme di insoddisfazione serpeggianti nel paese, in vista dell'arrivo al governo, e comunque del condizionamento delle forze alla testa del medesimo. Così, durante il periodo di governo della Destra storica, gruppi della Sinistra storica si sono battuti per un decentramento a favore dei comuni e delle provincie, volto ad ovviare al «malcontento amministrativo», da loro attribuito a ceti medi e popolari, tentando anche di incanalare in tale direzione i motivi di scontento più propriamente politici e la stessa contestazione dell'unità.

In tale periodo, pure taluni esponenti della Destra, come Jacini, e poi, dopo l'avvento della Sinistra, «leaders» della stessa come Minghetti, hanno posto il decentramento come il modo migliore per sciogliere il «mostruoso connubio» fra parlamentarismo all'inglese ed accentramento alla francese. E lo hanno presentato come il rimedio per eliminare gli effetti sempre più dirompenti delle contraddizioni in ordine all'uso irresponsabile e scorretto delle risorse pubbliche, ed in ordine al blocco nel ricambio della classe dirigente ed all'espansione del clientelismo e del corporativismo.

In particolare, Jacini e Minghetti, a differenza degli altri decentralizzatori di parte liberale, non si sono limitati a prospettare la necessità di un decentramento amministrativo a favore dei comuni e delle provincie, oltre che delle associazioni e formazioni funzionali, e di un decentramento burocratico per l'amministrazione periferica statale operante a tali livelli, al fine sempre di por termine alla distorta commissione di politica ed amministrazione; ma hanno preso posizione per un riconoscimento, nell'ambito di quest'ultimo e di un consorzio di provincie, anche della dimensione regionale.

Pure durante l'età dei governi di Crispi, Di Rudinì e Giolitti i settori delle classi dirigenti liberali, di volta in volta all'opposizione, hanno accentuato l'impegno per un decentramento comunale e provinciale, in vista di riforme amministrative finalizzate al superamento della «questione sociale». Essi hanno sviluppato l'indica-

zione, già emersa nei portavoce più illuminati della Destra e della Sinistra Storica, per «ragionevoli riforme» dell'amministrazione locale e centrale, volte a far fronte ai limiti vecchi e nuovi emersi nel rapporto fra stato e società, al fine di rafforzare l'egemonia borghese e capitalistica, ridimensionando i conflitti sociali promossi dai movimenti popolari.

In tale contesto, tuttavia, il decentramento amministrativo risulta sempre meno finalizzato al dispiegamento della separazione fra stato e società, con la valorizzazione dell'autonomia di quest'ultima nella cura degli interessi particolari, e diventa invece lo strumento per organizzare collegamenti sempre maggiori tra l'uno e l'altro e per calare verso il basso la capacità di condizionamento del potere statale nei confronti delle formazioni sociali, con il potenziamento degli interessi dominanti, alla testa o meno dello sviluppo economico.

Il decentramento è venuto a porsi come un aspetto di una specie di «amministrativizzazione» del rapporto stato e società, diretta a far fronte alle difficoltà sempre maggiori incontrate nella realizzazione dell'adeguamento «spontaneo» del primo, e soprattutto della seconda, al progetto liberal liberista per la cura dell'interesse generale e degli interessi particolari. Con il decentramento si è cercato di porre in essere un «ponte d'oro», per dirla con Gneist, fra stato e società, attraverso una amministrazione locale capace di integrare la seconda nel primo, con l'adesione dal basso, ad opera dei gruppi locali dominanti, all'unità di indirizzo politico e giuridico, economico e sociale, mantenuta nelle mani del potere statale.

Su tale base si è precisata una disponibilità dei gruppi liberal-moderati e poi liberaldemocratici al potere per un decentramento a favore degli enti locali, oltre che per un decentramento burocratico a favore dell'amministrazione periferica statale.

Di qui l'elaborazione, da parte dei governi della Destra storica, con Cavour e Minghetti, e della Sinistra storica, con De Pretis, di proposte legislative per un ordinamento dei comuni e delle provincie, mirante ad incrementare la capacità degli uni e delle altre di curare gli interessi locali. Anche se poi è rimasta prevalente la preoccupazione di non potenziare negli enti locali forme di autodeterminazione, che potessero dar forza alla contestazione dell'unità. Il che ha spinto a ridimensionare la prospettiva della separa-

zione fra potere statale e poteri locali, pur preferita in linea di principio; senza poi portare avanti più di tanto quella di un riequilibrio fra l'uno e gli altri, atto a favorire l'integrazione politica e sociale nello stato unitario.

Crispi, Di Rudinì e Giolitti si sono, invece, impegnati con successo per l'approvazione di leggi, che sancivano l'elezione diretta dell'organo di governo dei comuni e delle provincie e l'aumento della loro libertà d'azione sul piano del prelievo fiscale e per la spesa, sia pur con controlli molto penetranti. Ed hanno continuato ad incrementare la realizzazione di forme di decentramento burocratico, a livello provinciale ed anche regionale.

A ragione, per certi versi almeno, si è sostenuto che il risultato di tutto questo è stato uno sviluppo dell'«autogoverno» dei corpi locali, nel senso dell'autodeterminazione connessa all'allargamento del suffragio e la elezione diretta di vertici di governo, accompagnato però dalla attribuzione ad essi di forme di «autonomia», nel senso dell'autorealizzazione sul piano dell'organizzazione e su quello delle attività, inferiori a quelle godute in taluni stati preunitari, e comunque di portata estremamente ridotta. Sempre a ragione, è stato richiamato anche il prevalere, a livello di elaborazione giuridica, della categoria della «autarchia» e della amministrazione locale come ente strumentale dello stato.

La vicenda italiana e la vicenda europea.

Diventa illuminante, in proposito, tener conto dello svolgersi, pur con scansioni temporali e risultati peculiari in ognuno di essi, di una analoga vicenda nei paesi dell'Europa liberale. Non a caso, negli ultimi decenni del secolo scorso, si è incominciato a parlare del convergere verso prospettive comuni, sia della tradizione inglese del «selfgovernment» sia delle esperienze continentali in tema di «autonomia locale», sulla base dello sviluppo del carattere elettivo degli organi delle amministrazioni comunali e provinciali, con la sottoposizione al tempo stesso delle loro attività alla direzione ed al coordinamento dei poteri statali.

Bisogna misurarsi poi con il fatto che le aperture verso il decentramento a favore degli enti locali si sono accompagnate, negli stati liberali europei, alla disponibilità all'allargamento del suffragio

elettorale. Con la metà dell'Ottocento, l'uno e l'altro sono stati impiegati per fronteggiare la sempre minore tenuta dei «compromessi» posti alla base, pur con equilibri diversi nei vari paesi, per la legittimazione ed il funzionamento dello stato liberale, in relazione ai diritti riconosciuti al cittadino ed alla autonomia attribuita alla società. Si trattava dei compromessi imperniati sulla monarchia per «grazia di Dio» ed al tempo stesso per «volontà della nazione», sulla «sovranità della legge» e della «costituzione» al posto di quella del «principe» o di quella del «popolo», sulla «rappresentanza della nazione», ricondotta al suffragio censitario per ridimensionare i diritti dei cittadini e del popolo a favore della egemonia delle forze borghesi dominanti, nonché, per certi versi, sull'accentramento amministrativo, quale via per accentuare il rilievo della burocrazia nei confronti del Parlamento.

Con il decentramento amministrativo ed il suffragio allargato si è puntato a far accettare, nella società e nello stato, la guida delle forze borghesi alle masse popolari e piccolo borghesi in movimento, facendo partecipare queste ultime alla cura degli interessi particolari in vista della subordinazione all'interesse generale, quale configurato dalla prima. Con l'uno e con l'altro si è mirato a chiudere le crepe introdotte da conflitti interni delle forze dominanti e dalla contestazione di quelle subalterne, nella rappresentanza dell'unità nazionale e nella realizzazione da parte di questa del primato dell'interesse generale rispetto a quello particolare.

Si è perseguito l'obiettivo di coinvolgere, dall'interno, settori crescenti dei ceti medi e delle forze popolari nell'organizzazione della società individualistica e borghese, capitalistica ed industriale, accrescendo il consenso al ruolo di arbitro dello stato ed ai suoi compiti di decisione e di guida.

Il tentativo è stato quello di far valere, sia pure in forme nuove, la logica di uno dei compromessi costitutivi dello stato liberale nell'Europa continentale: quello fra «bonapartismo», e capacità di un governo forte di imporsi alla società da una parte, e dall'altra, «plebiscito» e coinvolgimento del popolo in chiave di consenso passivo, in vista della neutralizzazione del conflitto sociale e politico, a favore dell'egemonia delle forze dominanti.

Così, non a caso, gli sviluppi verso il decentramento a favore dei corpi locali e delle formazioni funzionali, e verso il suffragio

universale, sono stati intrecciati con la crescita di un «interventismo statale» in campo economico e sociale, e con il ricorso alla «mobilitazione» di stampo nazionalistico ed imperialistico. In tal modo, si è inteso mantenere ferma la capacità di direzione del «politico» e del potere concentrato nelle mani delle classi dirigenti liberali, e di impiegarla per colmare i ritardi attribuiti al «sociale», nell'adeguamento spontaneo ai postulati dell'individualismo possessivo ed agli equilibri fra gli interessi più forti. E si è puntato ad una «statalizzazione della società», mirante ad uniformare quest'ultima rispetto al modello di ordine e di sviluppo di stampo liberal borghese ed industrial capitalismo.

Vero è, però, che l'adeguamento della società a tale disegno ha incontrato un successo solo parziale. Si è avuta la crescita dell'economia e della ricchezza, ed un generale miglioramento delle condizioni di vita, sulla base della maturazione della capacità di iniziativa, individuale e collettiva. È aumentata la possibilità per i cittadini di far valere, nei confronti dei pubblici poteri, diritti di libertà e di partecipazione. Ma è venuto crescendo anche il conflitto sociale e politico, legato allo scontro di classe ed al contrasto fra interessi corporativi, nell'ambito di una industrializzazione sempre maggiore e di un capitalismo sempre più «organizzato». Tutto questo ha favorito la pressione dei movimenti legati alle masse popolari e dei ceti medi in ascesa, per una «socializzazione dello stato» e lo sviluppo della partecipazione e della giustizia sociale. E si è trattato di una spinta non eludibile, che ha imposto ai governanti liberali la ricerca di una composizione fra statalizzazione della società e socializzazione dello stato.

Non è mancato il tentativo di risolvere il problema, con avventure autoritarie e totalitarie; ma alla fine è risultato inarrestabile un processo di democratizzazione dello stato liberale. Esso, però, ha comportato una crescente compenetrazione fra potere statale e masse. Il che ha reso sempre meno praticabili le versioni più ideologizzate, sia dell'accentramento statalistico di parte liberale sia del decentramento autonomistico di parte liberale e di parte democratica, per il loro collegamento con una autonoma-primato, rispettivamente dello stato e della società, sempre più contrastante con la realtà delle crescenti interconnessioni fra l'una e l'altra.

Dal confronto con i «trends» europei del periodo, emerge chiaro

come nell'Italia liberale si sia proceduto più a rilento nell'apertura verso il decentramento a favore di corpi locali, nonchè nell'allargamento del suffragio elettorale.

Come si ricava degli studi tradizionali nuovi sulla costruzione dell'unità, hanno inciso in questo la difficoltà nell'affermazione dello stato nazionale in una società «disgregata» ed ostile, ed in generale la complessità della modernizzazione politica istituzionale ed economico sociale, in presenza dell'accumulo di processi di «State building» e «Nation building», di industrializzazione e di distribuzione, in un paese condizionato dalla presenza del vertice della gerarchia cattolica.

Ma hanno inciso anche scelte culturali e chiusure ideologiche, motivazioni politiche ed interessi di potere, delle forze coinvolte. È risultato negativo il prevalere della volontà di consolidare lo stato unitario, attraverso l'aumento di una sua «separazione» e guida dall'alto rispetto alla società, e di una capacità di imporre a questa un assetto omogeneo, in ordine agli interessi posti come decisivi per lo sviluppo del paese in senso liberal capitalistico.

Sono rimasti isolati quanti come Minghetti e Jacini si sono fatti portatori di una valutazione positiva, circa l'adeguamento della società italiana allo stato liberale: ed hanno insistito per il riconoscimento delle forme di diversità e di autonomia da essa espressa, sia pur con forte coordinamento dall'alto, da parte del primo. È rimasta dominante la preoccupazione per un «ritardo» endemico della società italiana, e per una carica comunque antiunitaria delle spinte alle diversità ed all'autonomia in essa operanti. Di qui la scelta per l'imposizione alle une ed alle altre, di una assoluta uniformità organizzativa, in vista della loro subordinazione ad uno stato, con il completo monopolio del potere politico e del diritto per la neutralizzazione del conflitto sociale.

La separazione fra politica ed amministrazione.

In proposito, è illuminante il privilegiamento tentato della prospettiva della «giustizia nell'amministrazione», rispetto a quella del decentramento e dell'autonomia. Si è puntato alla «imparzialità» di uno stato rappresentativo burocratico, con il blocco delle forme di partecipazione ai diversi livelli, da quello elettorale a quello

locale, con il potenziamento della «neutralità» dell'amministrazione rispetto ad una politica racchiusa nel Parlamento.

Dati preziosi sono forniti dagli studi in corso sul processo di «giuridificazione del politico», perseguito dalla dottrina giuspubblicistica, sotto la guida di Orlando, nella linea del «Rechtsstaat» tedesco nel suo intreccio con lo «stato amministrativo». Questa si è impegnata per una completa statalizzazione del diritto, in chiave razional universalistica. Ed ha posto la rappresentanza politica come «rappresentanza dello stato», al di fuori della volontà popolare, configurando i diritti del cittadino come il risultato dell'auto-limitazione, senza vincoli esterni, del potere statale, e trasformando i corpi locali in strumenti di quest'ultimo.

È stato perseguito l'obiettivo di un ordinamento statale chiuso in sè stesso, con il blocco di ogni fonte alternativa del diritto, e con l'affermazione di una parità di posizione, nella dipendenza dei singoli e delle formazioni sociali dal potere statale, garantita da una amministrazione separata dalla politica.

È vero che, progressivamente, i governanti liberali dell'Italia unita hanno cercato di combinare tale impianto, con l'ampliamento del suffragio e l'espansione dell'autogoverno locale. Ma è anche vero che essi non hanno saputo e voluto cogliere le potenzialità dell'uno o dell'altro, per l'adeguamento dello stato liberale all'assetto pluralistico della società, con l'apertura alle richieste dei movimenti operai e popolari, e con il ridimensionamento degli interessi corporativi delle forze borghesi dominanti. E si sono affidati alla accentuazione di volta in volta o delle valenze autoritarie dello «stato imparziale» o delle possibilità di mediazione dello «stato interventista», attraverso la distribuzione delle risorse a favore degli interessi organizzati, maggiormente in grado di farsi valere.

In tal modo sono riusciti a superare talune arretratezze della società italiana e ad accelerare la modernizzazione industriale capitalistica del paese. Ma si sono poi trovati in difficoltà nell'individuare equilibri efficaci e corretti tra statalizzazione della società e socializzazione dello stato, tali da coinvolgere e responsabilizzare anche le classi dirigenti, espresse dalle masse popolari e piccolo borghesi, per la maturazione di un assetto liberaldemocratico.

Le trasformazioni dell'accentramento e del decentramento amministrativo.

D'altra parte, indagini adesso in sviluppo, sull'evoluzione dei gruppi dirigenti e degli interessi organizzati a livello locale, stanno mettendo in risalto limiti incontrati dai governanti liberali nell'imposizione dell'accentramento politico amministrativo. Esse consentono di cogliere la capacità di condizionamento, da parte delle formazioni locali, nei confronti del potere centrale e dei suoi portatori. Emblematico risulta, in proposito, il fallimento del tentativo promosso da Di Rudinì di un «decentramento conservatore», volto a finalizzare il potenziamento dell'autogoverno locale alla consacrazione del primato dei «possidenti». Così come è emblematico il successo incontrato dai ceti urbani, piccolo borghesi e popolari, nello sfruttare le pieghe dell'ordinamento locale, ed in particolare il meccanismo delle spese facoltative, per importanti realizzazioni autonomistiche.

Essi sono riusciti, sotto la guida del movimento socialista e cattolico, a valorizzare la dimensione comunitaria della vita associata, rispetto a quella della società individualistica di mercato ed all'intreccio di capitalismo e stato. Al tempo stesso hanno incontrato ostacoli insormontabili nel piegare tutto questo all'affermazione delle prospettive ideologiche del socialismo municipale e del municipalismo cattolico, a proposito della realizzazione di una autonomia locale, capace di porsi come il perno di un modello di sviluppo politico ed economico, alternativo a quello in svolgimento.

Di qui il ridimensionamento di una parte almeno della carica autonomistica di parte socialista e cattolica, in presenza della politica giolittiana, volta ad offrire la partecipazione agli apparati di uno stato sempre più impegnato nella legislazione sociale. Invece dello sviluppo delle autonomie locali, si è avuta l'espansione delle «amministrazioni parallele», con l'apertura dell'ordinamento burocratico tradizionale alla presenza dei tecnici e degli interessi organizzati anche di parte popolare. A ciò si è aggiunta la concessione del suffragio universale maschile, con lo stimolo a portare in primo piano la partecipazione popolare a livello statale, oltre a quella locale.

Tutto questo, però, non ha segnato un potenziamento ulteriore del tradizionale accentramento amministrativo e del suo supporto alle classi politiche al potere. Anzi, come mostrano gli ultimi studi

sull'evoluzione dell'amministrazione pubblica nell'Italia unita, si è precisata, in ogni caso, una diminuzione della capacità di direzione e di impiego del medesimo, da parte delle forze di governo.

Si è avuta una espansione della macchina amministrativa statale, destinata a favorire essenzialmente una sua specifica «autonomia» rispetto anche ai governanti oltre che ai governati, pur con l'apertura di volta in volta agli interessi organizzati più forti. Il che ha aumentato lo spazio per apparati con rilevanti chiusure corporative, accrescendo le difficoltà dell'assestamento del pluralismo politico e sociale in un regime democratico. In generale, si è poi aggravato il peso di una burocratizzazione deresponsabilizzante, per le forze politiche come per quelle sociali, ai fini della democratizzazione dello stato liberale e della società borghese, accrescendone la fragilità e la complessità.

Sono entrate, così, in una crisi irreversibile le istanze e le realizzazioni in tema di decentramento, come di accentramento, legate ad una amministrazione burocratica, impegnata nell'affermazione dell'uniformità organizzativa, del monismo giuridico e del pluralismo politico sociale, condizionato dall'egemonia di una forza dominante e dalla presenza di uno stato «sovrano».

Si è aperto un nuovo capitolo per le spinte accentratrici e decentralizzatrici: quello connesso ad una amministrazione, divisa fra burocrazia, tecnocrazia e partecipazione di base, e sempre più coinvolta nella società della organizzazione complessa e del pluralismo corporativo e conflittuale, ed in uno stato sociale, con una sovranità limitata dal sistema mondiale delle superpotenze e dei blocchi.

Anche per l'approfondimento del nuovo capitolo, si rivela decisivo continuare nella sempre maggiore storicizzazione in corso di quello precedente. Appare necessario soprattutto gettar luce ulteriore sulle implicazioni social-strutturali delle motivazioni ideologiche, e delle scelte operative, per la fondazione e la organizzazione del potere, sul piano politico istituzionale ed economico sociale, sottese alla ricerca dell'accentramento e del decentramento nell'Italia e nell'Europa del liberalismo e della industrializzazione capitalistica, con la verifica degli svolgimenti concreti e degli effetti contraddittori dell'uno e dell'altro. È questa la via per cogliere nel modo dovuto rotture e continuità, trasformazioni radicali e persi-

stenze tradizionali, nell'articolarsi delle istanze accentratrici e decentralizzatrici nell'età del totalitarismo e della democrazia, delle nuove rivoluzioni scientifiche e tecnologiche e della concentrazione capitalistica.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Per gli utilissimi sviluppi del dibattito storiografico e politologico, sulle istanze e la realizzazione in tema di decentramento nell'Italia liberale, con le indicazioni relative alle acquisizioni precedenti si vedano: *L'amministrazione nella storia moderna*, II, *L'Italia liberaldemocratica: l'amministrazione nella crisi dello stato*, «Archivio ISAP» (no) 3, Milano, Giuffrè 1985; *Per la storia dell'ANCI* a cura di R. RUFFILLI e M. S. PRETTI Roma, ANCI, 1986; *Istituzioni e borghesie locali nell'Italia liberale*, a cura di M. BIGARAN, Milano, Angeli 1986; R. GHERARDI, *Lo stato liberale in Italia: nuove prospettive storiografiche nell'indagine di una crisi*, in «Ricerche di storia politica» (1987) n. 2.

Per le teorie e le prassi del liberalismo italiano ed europeo, anche a proposito del decentramento si vedano da ultimo la rassegna di M. BARBERIS, *Pensare il liberalismo*, in «Il Mulino» (1987) n. 3; nonché P. COSTA, *Lo stato immaginario*, Milano, Giuffrè 1986; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, Giuffrè 1985; L. ORNAGHI; «Crisi» del centro statale e «disseminazione» dei centri politici, in «Quaderni sardi di storia» (1983-84) n. 3-4.

Per la vicenda del decentramento nei diversi paesi europei si vedano adesso le rassegne di Mestre, Dunbabin, Brix, Evans, von Hartmut, negli atti del convegno su *Marco Minghetti e la cultura politica europea (Bologna 7-10 ottobre 1986)*; nonché i diversi interventi al convegno su *Aree, regioni, stati. Le coordinate spaziali della storia contemporanea (XIX e XX secolo) (Firenze 6-7 giugno 1985)*.

Figure dell'esperienza

BARTOLOMÉ CLAVERO

AMORTIZATIO ILUSION DE LA PALABRA

Diffícil será agradar a los que de buena fe no se quieran instruir de las razones principales y fundamentos que han de enterar al lector en una materia que requiere atención, aun en los Profesores, antes de interponer su juicio.

CAMPOMANES, *Advertencia del Tratado de la Regalía de Amortización*, 1765.

1. *Nacimiento de la materia.*

Fue el martes 17 de enero de 1441, a las ocho más exactamente de la tarde. Pere Belluga ponía su rúbrica al tratado que se conocería con el título bien convencional de *Speculum Principum*. Con ello también como capítulo suyo concluía otro menor pero más novedoso, incluso pionero, *De Amortizatione*, «materia a iuristis ignota» tanto como «a foristis omissa» según comienza anunciando. Viene a tratársele desde ambas perspectivas, la de los derechos generales, civil y canónico, y la de los fueros particulares, valencianos. Y se cuenta con pocas ayudas, apenas la de la palabra: «Ab illusione vocabuli fiat interpretatio et descriptio» ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Petrus BELLUGA, *Speculum Principum et Iustitiae*, París 1530, indicando que con anterioridad «nusquam impressum», y ya como *Speculum Principum*, y con adiciones de Camilo Borrell, Venezia 1580 y Bruselas 1655; hay en el capítulo, que es la *rubrica* 14, variaciones también de numeración y epigrafiado de párrafos, pero no alteraciones del texto; en cuanto a grafía, alternan, como en otras obras tempranas, «amortisatio» y «amortizatio», que, aun con resistencia en el ámbitolingüístico catalán, prevalecerá y aquí adopto. La fecha de conclusión la dejó así de precisa consignada el autor; no escapó a Alfonso GARCÍA GALLO, *El Derecho en el «Speculum Principis» de Belluga*, pág. 197, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 42, 1972, págs. 189-216.

Es materia omisa, pero no tan ignota. No había recibido anteriormente tratamiento, pero tampoco dejado de tocarse. Pocos años antes, en 1424, el I de mayo para ser también precisos, y algo más al norte, Jaume Callis ponía punto final a su *Margarita fisci* que, por su interés no sólo fiscal, ya se interesaba en la cuestión (2). Y este además remite a otro jurista que ya se habría insinuado en la materia: Petrus Iacobi. En efecto, algo más a su vez de un siglo antes, en 1311, y un tanto más también al norte, Pierre Jame, que era su nombre en vulgar, alguna atención le había prestado en su *Practica aurea*. Parece ser esta última primera mención por parte de la jurisprudencia, produciendo su extrañeza el término: «Vocant alienationem quando fit in ecclesia turpi nomine a mortizatione» siendo así «imo deberet vocari adiuvatio, quia fit et facit ad vitam et salutem anime» (3).

La cuestión ya se ve que resulta desde su misma denominación delicada. En el término de amortización se debaten adquisiciones de la Iglesia, o determinada clase de ellas, ya desde estos inicios. Tiene su entrada en concreto el extremo a través del capítulo de la sucesión de los feudos, planteándose problemas por el hecho de que dominios vasalláticos cayesen en manos eclesiásticas. También Jame notifica que los reyes franceses ya tenían dispuesto que «ecclesia non potest acquirere res immobiles regni sui sine eius voluntate», ofreciendo estos monarcas sus razones: «quia nihil est ibi allodiale, sed omnia tenentur a rege, non tamen dicuntur in feudum vel in emphiteosim». Por supremacía sea feudal, sea enfiteútica, el rey se considera con un poder de interposición en estas adquisiciones. La aprobación del propio Jame sólo se merecía si así no se les estorbaba, pues las mismas no le parecían tan mortales como el

(2) Iacobus CALICIUS, *Margarita fisci*, Barcelona 1556, no escapando tampoco la precisión de fecha, que en el propio texto también se registra, a Jesús LALINDE, *La Persona y la Obra del Jurisconsulto vicense Jaume Callis*, Vic 1980, págs. 35 y 39.

(3) Petrus IACOBI, *Aurea practica congruis et necessariis libellis ordine decenti collocatis*, Lyon 1535, donde ya se había editando antes al menos en 1492 y 1527; no tiene numeraciones internas, viniendo muy brevemente la cuestión, que así concluye, en el capítulo que ahora diremos, localizable por índice. Para referencias sobre este jurista, aunque no sea lo que aquí nos importe, Helmut COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I, Munich 1973, págs. 282 y 396, en capítulos de Norbert Horn y de Knut Wolfgang Nörr.

término sugería, sino saludables para la misma inmortalidad de unas almas generosas con una Iglesia igualmente pensada inmortal.

El rechazo del término no parece compartirlo Callis (4). La cuestión le resulta más pacífica, infiriendo ya su fundamento, frente al propio derecho canónico, del derecho civil más general: «quia mortizare seu mortificare rem quae est in dominio principis ut transeat ad ecclesiam pertinet solum ad principem» y a él precisamente. De conformidad con este derecho estima la práctica que ha venido introduciéndose en territorios de la Corona de Aragón, como Valencia, el Rossellón y la Cerdaña, y que finalmente ha llegado a Cataluña en la forma de obligar a la Iglesia a transferir a otras manos dentro del plazo de un año el dominio o «feudum» de nueva adquisición. «Contra istam amortizationem clamat Petrus Iacobi».

De esta amortización trata Pere Belluga (5). Más detenidamente lo hace, cuidando la definición del mismo término de cuya ilusión ya decía. Se le reconoce como denominación poco clásica y nada técnica, «vulgo amortizatio appellatur», pero no por vulgar despreciable; con su añadido, ya define: «Amortizatio est in manum mortuam translatio principis iussu». Tampoco es desdeñable el aditivo: este «iussum», «consensus», «licentia» o «habilitatio» del príncipe caracteriza el concepto. No parece ya tampoco tan rechazable su realidad.

«Manus mortua» también constituiría un uso vulgar. Ni siquiera parece precisar definición. Su sentido en todo caso fácilmente se desprende de la propia exposición; con la expresión está haciéndose referencia a «ecclesia», de cuyas adquisiciones, entre vivos o por causa de muerte, el concepto versa. Sin aquella intervención

(4) Aborda la cuestión, brevemente también, en el parágrafo 57 del *dubium* octavo y último de su *Margarita*, que es la duda o capítulo más particularmente dedicado a los poderes del príncipe de Cataluña y que extrañamente no considera J. LALINDE en su *Jaume Callis*, págs 96-109. En sus comentarios más tempranos a los Usatges ya había Callis también rozado menos políticamente el tema.

(5) El capítulo o pequeño tratado *De Amortizatione* ya con su novedad se destacaba en subtítulo de portada de la primera edición del *Speculum*, la parisina de 1530: «quo regalium, amortizationum, fiscalium, usurarum, decimarum et omnium gravaminum omnesque quotidianae materiae nusquam antea ita enucleatae irrefragabiliter deciduntur»; no en las siguientes.

política no deberían producirse. De la definición se pasa a los fundamentos, que por antiguos se tienen, con raíces no sólo jurídicas sino también religiosas. Pero el régimen parece más reciente, no hallándose sino en los propios fueros. Se subraya que tanto dicha fundación como esta regulación no son mínimamente contrarias a la «libertas ecclesiastica».

Preocupa la fundamentación, que ya tiene que vérselas con dicha libertad. Reside básicamente en el poder del príncipe, pero más todavía que en el político, en el dominical. Interviene además aquí, reforzando posiciones, la historia de la conquista. Los reyes han adquirido de este modo, con su título primigenio, los territorios de realengo, pudiendo por ende someter a condiciones su ulterior trasiego: «quod in manum mortuam, scilicet in ecclesiam, non potest transire sine principis iussu et licentia». No deja tampoco de formularse feudalmente el argumento, con su analogía de poder señorial, «sicut in fundo feudali, quia requiritur consensus domini cuius ius reperit». Sería cuestión de mantener un equilibrio de dominios procedente de la conquista (6).

Respecto a su realidad más concreta, también le consta a Belluga la relativa novedad de su materia, llegada normalmente por vía consuetudinaria incluso en los detalles de su traducción económica: «quoniam ius canonicum neque civile de tali iure specificè non curarunt, istud autem ius in quota ex consuetudine inventum est». Las disposiciones vinieron luego, como en el mismo caso de Francia: «de isto iure amortizationis habes scire quod Galli etiam plurimum utuntur et Reges Franciae fecerunt plures foros, quos Galli ordinationes appellant, et non solum Rex illis utitur, sed etiam quilibet dominus temporalis, et quando decimae sunt amortizatae per cameram computorum iudex ecclesiasticus amplius non cognoscitur». Así también vuelve a apuntarse que la amortización no sólo toca al rey, interesando a los señores, como igualmente se refleja

(6) Hasta aquí estamos con el apartado primero de esta rúbrica o capítulo 14 (sin numerar como tal en ninguna edición, citándose normalmente por su inicio: «Veniamus»); ahora pasamos al resto, apartados II y III que así sólo enumera la última edición, la de 1655. Pero los apartados, como el texto, no sufren sustantivamente variación, salvo su numeración de párrafos que ya advertía y que por ello no utilizo. No hay dificultad en perseguir las citas.

que es un derecho en el que va correspondientemente sentándose la competencia de la jurisdicción regia en detrimento de la eclesiástica.

2. *Uso de mano y razón.*

Era en suelo francés donde efectivamente más había arraigado, con sus diversas implicaciones, la práctica (7), con el consiguiente reflejo a partir del XVI en la jurisprudencia de este carácter pragmático; pero no llegará a merecer la materia tratados propios. El de más vuelo, aunque no llegando a serlo, también pertenecerá al ámbito de la Monarquía española, no al de España. Se debe al flamenco Pieter Peck, quien en septiembre de 1581 concluía lo que él denomina *opusculum* y el editor *Tractatus de amortizatione bonorum a principe impetranda* (8). No es tampoco la única obra de estos años que podrá interesar al tema por encima de sus problemas de índole más práctica. En la propia Francia la construcción civil del *Syntagma* de Pierre Grégoire no lo ignora (9), o incluso el edificio más político de la *Republica* de Jean Bodin a su modo también lo comprende (10).

(7) Gérard SAUTEL, *Note sur la formation du droit royal d'amortissement* (XIIIe-XIVe siècles), en *Etudes d'Histoire du Droit Canonique dédiées a Gabriel Le Bras*, París 1965, I, págs. 689-704, también significativo por sus vacilaciones entre derecho señorial y derecho regio. Pero este nivel ya se está viendo que no es el de estas páginas.

(8) Petrus PECKIUS, *Tractatus de amortizatione bonorum a principe impetranda*, Ginebra 1582, recogándose en la colección de *Tractatus illustrium Iurisconsultorum*, Venezia 1584, en sus *Opera Omnia*, Amberes 1647 (que manejo), 1666 y 1679, y con otras obras suyas sin título de *Opera* al menos en 1620 y 1647. Para esta materia no ofrece su ayuda siempre inestimable el volumen correspondiente (II-I, 1977) del *Handbuch* dirigido por Coing; una voz *Amortissement* (pág. 359), no es sólo que se reduzca a la entrada Eusèbe de LAURIÈRE, *De l'origine du droit d'amortissement*, París 1692, es que también y sobre todo se encuentra mal colocada, entre las de *Geldschulden* y *Usurae*, esto es, tomándosele en la derivación posterior de sentido como amortización de capital. Mejor síntoma no puede haber del olvido actual del concepto.

(9) Petrus GREGORIUS, *Syntagma iuris universi*, Lyon 1580, con una docena de ediciones hasta Ginebra 1639 (*Handbuch*, II-I, pág. 207, en capítulo de Ernst HOLTHÖFER, aunque la primera comprobada es la de 1582); utilizo Lyon 1587.

(10) Jean BODIN, *Les six Livres de la Republique*, París 1576 y más de veinte ediciones hasta 1629 (utilizo rep. 1961 de París 1583); *De Republica Libri Sex*, París 1586 (que manejo) y unas diez ediciones hasta 1641; versión de Lorenzo CONTI, *I Sei Libri della Republica*, Genova 1588; de Gaspar de ANASTRO, *Los seis libros de la*

El concepto de partida de Peck es el político de Belluga, el de la alienación «iussu principis in manum mortuam facta», interrogándose ahora no sólo sobre «amortizatio quid sit», sino también acerca de «quid sit manus mortua». Sus acepciones serían varias, pero «in proposita tamen materia Ecclesiam, civitatem, collegium sive aliud quodcunque corpus, vel Ecclesiasticum vel saeculare, quod bonorum capax est, manum mortuam vulgo appellamus». La cuestión se amplifica, planteándose para cualquier dominio corporativo, bien que manteniéndose el eclesiástico en primera posición ⁽¹¹⁾. Y este mismo término más genérico de mano muerta plantea también, como el de amortización, sus perplejidades.

«Nam sicut semel mortuus, denuo non moritur». Ya es una mano figuradamente muerta, una mano que retiene para siempre lo que adquiere de modo parecido al de una muerte física: «Mihi quidem sane visum semper fuit ideo manum mortuam dici quod quemadmodum morientis hominis manus id quod comprehendit firmissima conclusum tenet neque facile remittit», con su efecto de conservación y acaparamiento: «Sic etiam quidquid Ecclesia seu corpus istius modi semel adquisit et in manu, hoc est, in potestatem suam, accipit..., non nisi magna cum difficultate et solemnitate in commune hominum commercium post deinde remittit, sed accumulando conservat». Por esto no resulta absurda dicha misma acepción eclesiástica de mano muerta: «Eodem quoque modo eam rem mortuam non absurde dici existimo, quae amplius de una manu in alterum manum viventium non transit, sed communi hominum commercio eximitur, cuiusmodi sunt haec bona quae dicimus amortizata». Es una forma de expresarse la «libertas eclesiástica», a la que Peck concede bastante consideración. Entre ella y las amortización ya se le crea un verdadero dilema; su tratado se extiende en cuestiones de conciencia, encontrando aquí sus soluciones: esta ley por ser lícita no tiene por qué obligar en su fuero interno a la Iglesia ⁽¹²⁾.

República, Torino 1590. Las versiones alemana (1592) e inglesa (1606) ya por más distantes no nos interesarán.

⁽¹¹⁾ P. PECKIUS, *Tractatus de amortizatione*, capítulos 1 y 2, que son aquí divisiones cortas.

⁽¹²⁾ P. PECKIUS, *Tractatus de amortizatione*, caps. 2, 3 y, para el debate de la libertad eclesiástica, 6.

Por el despliegue del argumento se ha producido momentáneamente un deslizamiento de sentido: «bona quae dicimus amortizata» resultan así sin más los bienes que pertenecen a corporaciones, los eclesiásticos ante todo, y no sólo más concretamente aquellos que hayan pasado por una licencia dicha de amortización. El término califica ahora más genéricamente al dominio y no eventualmente a su adquisición. Pero enseguida se vuelve a este otro sentido: «bona immobilia quae principis auctoritate in manum mortuam transferuntur et per hoc hominum commercio et alienationis conditione eximuntur, ducta a Gallis voce, amortizari a vulgo dicimus». Y esta acepción recibida es la que se mantendrá a lo largo del tratado; así, el sujeto de la amortización no es la iglesia que acumula, sino el poder político que concede la licencia: «Prorex an amortizare possit»; así también, la propiedad no amortizada no es la no eclesiástica, sino la que la iglesia de nueva adquisición interinamente retiene: «Ecclesia seu manus mortua an impensas in rem non amortizatam factas recuperet» ⁽¹³⁾. Iglesia y mano muerta ya se identifican, pero no todavía la amortización y su dominio.

La amortización es la licencia de retener el bien por la corporación o la renuncia consiguiente al derecho de obligarla a transferir a mano no muerta: «Amortizatio est ipsa licentia et permissio retinendi immobilia per manum mortuam sive renunciatio aut privatio iuris cogendi eam ad transferendum in idoneam manum». Como ya suele ser onerosa por la compensación, otro término se añade para la «taxa» o «financia» que la amortización devenga; éste es el de indemnización: «Indemnitas sit pensatio quaedam quae praestatur Rege, Principi aut Domino, pro suo interesse, loco utilitatum quas verisimiliter percepturus erat ex privatorum manu» ⁽¹⁴⁾. La indemnización se dice interés en el mismo sentido que se utiliza entonces el término dentro del capítulo de la usura, como compensación de la pérdida que en este caso se produce al salir definitivamente el bien de manos idóneamente tributarias.

La amortización corresponde al rey, planteándose así problemas como el mencionado de si pueda el virrey concederla, pero no sólo a él sigue resultando que interesa: «Amortizare Princeps an possit

⁽¹³⁾ P. PECKIUS, *Tractatus de amortizatione*, cap. 3 y epígrafes del 17 y del 23-1.

⁽¹⁴⁾ P. PECKIUS, *Tractatus de amortizatione*, cap. 32.

sine licentia domini inferioris». Es cuestión que se remite al derecho de cada territorio, pero sin dejar de ofrecerse una orientación según la cual «solius Regis, Principis aut Domini superioris consensus non sufficit, nisi et inferior quoque dominus, qui praeiudicium aliquod ex ea re sentire possit, consentiat». Las mayúsculas no dan todo el poder de amortizar; el señor inferior cuyos derechos puedan verse también afectados por la adquisición corporativa, debe ser cuando menos oído y también indemnizado. La indemnidad no sólo se pagaba al rey, sino también al señor. Compensaba a ambos por una análoga mengua futura de derechos, cuya cuestión era la que en este capítulo de la amortización realmente con todo se solventaba (15).

Por los mismos años que Pieter Peck componía su monografía, Pierre Grégoire construía su *Syntagma*, comprendiendo estos conceptos. «Manus mortua dicuntur ecclesiae, collegia, capitula, universitates, quia in eodem statu permanent, veluti mortui sunt», lo que afecta a la disposición de las cosas: «Vocamus manum mortuam ecclesiam quia sicuti mortui non alienant sic et bona quae ad eam pervenerunt sunt inalienabilia». La consecuencia parece lógica y como tal no se discute, pero la situación ya suscita reparo: mientras que los «singulares possessores» atienden sobre sus propiedades impuestos cuando «vel moriuntur vel distrahunt», lo propio no ocurre con esta mano de Iglesia y otras corporaciones que ni mueren ni enajenan. Por esto desde tiempo atrás se habría establecido para el supuesto de estas adquisiciones un principio de compensación, esto es, la amortización en sus términos ya económicos: «Ius autem morticinii est valor aestimatiove tertia partis totius rei in qua ius feudi extingui postulatur» (16).

Sigue la compensación considerándose feudal antes que más políticamente fiscal. En un mundo señorial sigue en efecto situada la problemática, apreciando aquí además otra especie muy distinta de mano muerta con su régimen particular de amortización. «In Gallia iure eius plane incapaces sunt possessionis rerum homines quos dicimus manus emortuae seu *de main morte*, qui tenentur rerum possessiones a se emancipare possessionive decedere, nisi iure

(15) P. PECKIUS, *Tractatus de amortizatione*, cap. 23.

(16) P. GREGORIUS, *Syntagma iuris*, 15, 38 (5 y 6) y 25, 8 (2), utilizando las divisiones internas de estas obras más articuladas y que sirven para cualquier edición.

morticinii, id est per *rachapt ou amortissement*, a rege possideant nempe ex gratia seu dispensatione principis». La situación es otra; estamos aquí ante una incapacidad de muy diverso tipo, por causa de dependencia señorial, pero el concepto resulta prácticamente el mismo, prosiguiéndose: «Mortuae porro manus illae dicuntur quae dominium non mutant et perpetuo retineant cuiusmodi dicuntur ecclesiae, capitula, communitates sive universitates et fratriae...». Mano muerta es aquella que por diversas razones no puede adquirir sin licencia del príncipe. En Francia, resulta que de este modo la Iglesia viene a someterse a un régimen ya definido para clases inferiores (17).

Unos bienes podían reaar en manos poco idóneas por dos tipos bien distintos de razones, la una de superioridad y la otra de inferioridad: por privilegio corporativo o por dependencia personal. Y es el interés del señor más inmediato el que primariamente se atiende, un interés que se dice de contar con hombres que vivan, mueran y puedan ser confiscados. De ahí procede la doble posibilidad de este régimen de control de adquisiciones: o se transfiere ulteriormente el bien a manos que presenten tales características o se le retiene mediante las debidas licencia y compensación. «Sufficit illis si homo vivens, moriens et confiscans detur a personis manuum mortuarum et si iura ei debiti solvantur vel indemnitas praestetur pro qua accipit ex quaesitis quintam partem rei in perpetuum vel fructuum omnium per quinquenium» (18). Aparte prácticas de detalle, es el «ius morticinii» común.

Y éste es el cuadro. La fundación política no está en todo fuera de lugar para la parte que toca al rey, pero el conjunto resulta feudal. Ya también el derecho regio de amortización no representa un principio de política fiscal, o menos de política sin más, tanto como una especie de la misma categoría de habilitaciones y compensaciones de raiz señorial. Para el propio concepto resaltaba todavía más en Francia esta vertiente. Esto mejor se constataría si fuésemos a la jurisprudencia situada más a ras de tierra. Mejor también se comprobará, pues nos importan precisamente los con-

(17) P. GREGORIUS, *Syntagma iuris*, 20, 11 (4).

(18) P. GREGORIUS, *Syntagma iuris*, 6, 5 (5-6).

ceptos, si acudimos a la doctrina más constructiva. Aquí entra la *Republica* de Bodin.

Ya aparece en ella la «main morte» en el capítulo «de la puissance seigneuriale»; el problema, dada la dependencia personal, ya consiste en presentarla de forma que pueda distinguirse de la concepción más puramente servil de la esclavitud: «personnes serves et de mort main», «hommes de main-morte et de servile condition». Esta ya conocida es aquí la mano muerta, con sus mayores dificultades de transposición a otros idiomas que aquella otra corporativa. Como «servos manu mortuos» o incapaces de adquirir aparecen en la versión propia latina; «hombres censuarios a modo de ynfetuosi» u «hombres acensuados por ynfetuosi», enfiteutas en fin, en las castellana ajena, advirtiéndose al margen: «Drecho de main morta en lengua Francesa» (19). Menos servil, no está en todo caso la enfiteusis fuera de lugar; con el feudo, planteaba el mismo problema de adecuación entre bien y poseedor por el que ha surgido el régimen de la amortización.

Pero de amortización no habla Bodin, como tampoco lo hace de mano muerta para la propiedad eclesiástica o en general corporativa. Lo que no significa que su asunto no comparezca. Su capítulo es otro: el de «les moyens de remedier aux changements des Republicques qui adviennent pour les richesses excesives des uns et poureté extreme des austres». Son otros sus problemas: el de la acumulación de propiedades, a la que el régimen canónico bien se presta, y el de su efecto virtualmente nocivo para el conjunto de la república. Aquí es donde se sitúa el punto de las propiedades eclesiásticas, o en general corporativas, con sus entradas sin salidas, «comme les corps et colleges sont perpetuels». Leyes de diversas latitudes que intentan de algún modo corregirlo, incluida alguna castellana, ilustran el apartado. Inútilmente se le buscará en las versiones que aquí llegaron. Ha desaparecido todo él sin dejar traza (20).

(19) J. BODIN, *Republica*, libro I, cap. V, no tan extenso como para que no puedan fácilmente localizarse las expresiones; la versión castellana realizada en Italia no pasa en esto por la anterior italiana, donde figuran «huomini infeudati con servile conditione» y, en este sentido señorial, también «sudditi».

(20) J. BODIN, *Republica*, lib. V, cap. II, apareciendo la cuestión en la versión latina igual que en la francesa; por el texto corrido, el salto no se nota en la italiana y la castellana, en esto concordantes. Por esta pendiente finalmente ha llegado a ponerse con

Ya jugaba aquí un principio político en virtud del cual precisamente la materia se ha separado de la de mano muerta. No hay un concepto común con problemas señoriales. No es cuestión de habilitaciones feudales o de compensaciones más o menos fiscales. Es problema de conservación y defensa de la república frente al crecimiento desequilibrado de uno de sus sectores. La base compartida con el derecho feudal y enfiteútico de amortización aquí ha desaparecido. El sustrato señorial y el entramado feudal siguen de hecho presentes, pero no el planteamiento en su terreno de la cuestión política. Existen sus razones en Bodin para que el de la Iglesia no sea un capítulo de mano muerta y para que la mano muerta vuelva a su capítulo señorial.

3. *Una vida mortecina.*

La práctica seguiría por sus cauces más bien señoriales, pero el acento político está también presente en el campo de la amortización desde los inicios de su observación y tratamiento doctrinales. Por su propio curso sufre sus ensombrecimientos, como también sus iluminaciones. Hay sus momentos significados en una como en otra dirección. En la segunda, que es la que aquí más importa, se produce uno en Cataluña a la altura del cambio de siglos, entre el XVI y el XVII, o el 25 de octubre de 1599 más exactamente, cuando Antoni Oliba da por concluso su comentario al usatge *Alium namque*. Para su misma acentuación política ya parte del concepto de Belluga: «Est enim amortizatio in manum mortuam translatio iussu principis et auctoritate facta» ⁽²¹⁾.

toda su anticipación la obra, dicha española, de Belluga a la altura de la de Bodin, tenida por extraña: A. GARCÍA GALLO, *El Derecho en el «Speculum Principis»*, págs. 215-216. Y en el punto, siendo muy otro su planteamiento, la obra de Grégoire no pudo servirle a la de Bodin de vehículo como se quiere: Martim de ALBUQUERQUE, *Jean Bodin na Península Ibérica. Ensaio de história das ideias políticas e de direito público*, París 1978, págs. 134-145.

⁽²¹⁾ Antonius OLIBANUS, *Commentarius ad Usaticum «Alium namque», de Iure Fiscis, libro decimo Constitutionum Cathaloniae*, Barcelona 1600, con un subtítulo que entre otras cosas ya anuncia la «brevis summa et explicatio iurium regalium quae Rex Aragonum et Comes Barcinonae exercet cum debita moderatione in bonis et personis ecclesiasticis provincia Cathaloniae», tratándose el derecho de amortización en el capítulo 7. Doy por fecha de conclusión la de la dedicatoria.

Aparece en Oliba el «ius amortizationis», al que «Galli vocant amortizamentum», como un derecho efectivamente político, expresión de regalía hacia el campo eclesiástico: «de regalibus et iuribus altis quae competunt regi Aragonum et Comiti Barcinonae in Cathalonia in personis ecclesiasticis, ecclesiis et bonis eorum». Es derecho del rey en Cataluña: «Rex Aragonum et Comes Barcinonae in hac sua provincia amortizat bona quae in manum mortuam, id est in ecclesiam, perveniunt». Se dice seguir con ello la misma práctica gala, ya ocurriendo que «amortizationem in hac provincia et in comitatibus Rossilionis et Ceritaniae et in Regnis Valentiae et Maioricarum fuisse inductam ex moribus et legibus Gallorum» (22).

«Haec amortizatio, id est in manum mortuam translatio, ab ipsa lege Francorum introducta est». «In Gallia vero hoc ius receptissimum est et unum de maximis iuribus et regalibus sive iuribus altis regis Franciae». Pero debe también reconocerse que la propia jurisprudencia francesa suele ser ya otra cosa lo que contempla bajo la misma voz de amortización: «Tractat enim materiam manus mortuae diligentissime et in aliis significationibus huius verbi, quae proprius accedunt ad homines proprios huius provinciae et pagenses antiquorum temporum». Sabe también encontrarse excepciones, como la del *Syntagma* de Grégoire, según el cual se nos afirma que «hoc ius amortizandi soli principi competere». Era la noción que interesaba (23).

También se incide en el concepto corporativo de mano muerta, distinto al señorial que suelen ver los franceses, pero al mismo terreno del señorío no deja tampoco para él de venirse. «Dicitur autem manus mortua quia communitas, ecclesia, capitulum, collegium, universitas, confatria nunquam moriuntur nec mutant dominium», pero el problema no es éste de la inmovilización de una propiedad, sino el más consabido de los riesgos de unas prestaciones, ya feudales, ya enfiteúticas o de diversa forma censuales, a las que una nueva titularidad no reúne las condiciones para atender: «Bona immobilia feudalia, emphyteuticaria et alia de realenco et immobilium similia, ut censualia, redditus perpetui, non possunt in ecclesiam transferri sine amortizatione», sin la debida compensa-

(22) Antonius OLIBANUS, *Commentarius ad Usaticum «Alium namque»*, 7 (1 y 6).

(23) Antonius OLIBANUS, *Commentarius ad Usaticum «Alium namque»*, 7 (6 y 9).

ción que así puede todavía corresponderle antes al señor que al rey. Quiere en todo caso seguirse con la distinción regia de la amortización. En rigor este derecho de habilitación eclesiástica no es el que tienen los señores, «domini inferiores et seniores ius morticinii consequi non possunt nec amortizare», sino tan sólo el de la más desnuda indemnización: su «indemnitas» o «pensatio» bien frecuente porque la misma amortización suele concederse sin dificultades. Del consentimiento señorial, que era importante para Peck, ya no se hace cuestión ⁽²⁴⁾.

La denegación se dice que es rara, procediendo sólo «ex magna causa». Encuentra entonces entrada la otra posibilidad, debiendo la mano muerta trasladar dentro del palzo del año el dominio a «manum habilem» o «personam capacem et habilem». Ya tiene que reconocerse que este expediente de más clara virtualidad política, aunque de motivación también modestamente tributaria, resulta el menos usado. Interés hay por fundamentarlo, alegándose que tampoco atenta «contra libertatem ecclesiasticam». Vuelve el argumento de la conquista y se insinúa alguno de equilibrio: «Per amortizationem regiam consulitur regi, reipublicae et dominis inferioribus». El mismo acento político ya es más fuerte que el de Belluga ⁽²⁵⁾.

Pero el énfasis, en pugna con la misma práctica, no se mantendrá. A los pocos años Joan Pere Fontanella aborda en su *Tractatus de pactis nuptialibus* el asunto: «Amortizatio quid sit». Ya vuelve a suscitarse en capítulo de derecho feudal y enfiteútic. Sigue el problema básico siendo si cabe que el poder del feudo o el dominio de la enfiteusis recaigan en mano muerta. En Cataluña se nos dice que sí, mediante el juego precisamente de la amortización, más particularmente mantenida y aplicada al nivel inferior de la institución enfiteútica. Era éste el campo más propio de la práctica amortizadora, esto es entonces, de la habilitación onerosa de mano muerta eclesiástica para la retención de dominio subordinado y tributario ⁽²⁶⁾.

En la práctica sabida se abunda, incluida la menos usada de

⁽²⁴⁾ Antonius OLIBANUS, *Commentarius ad Usaticum «Alium namque»*, 7 (7 y 8).

⁽²⁵⁾ Antonius OLIBANUS, *Commentarius ad Usaticum «Alium namque»*, 7 (8, 14-16, 26, 31 y 32).

⁽²⁶⁾ Ioannes Petrus FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus*, Barcelona 1612-1622, y más de quince ediciones de distinta sede posteriores, la mayoría en Ginebra, entre 1627 y 1742, últimaque manejo; 4, 12 (22).

transferencia de mano muerta a «manum capace» cuando la amortización no se logra, pero sus implicaciones políticas no aparecen. Ya más particularmente lo que interesa es la vertiente compensatoria, «habita consideratione de quando in quantum tempus posset res alienari quae est amortizanda». Para otro género de cuestiones ya se hace remisión: «Quid autem sit manus mortua, quid amortizatio, unde originem traxerit, quid empara realis et alia plura in materia qui exacte scire voluerit, Oliba», cuyo argumento político así menos importa. A la práctica parece sobrarle incluso la aportación de Belluga, aunque su definición no falte; la cuestión es otra: «res huiusmodi feudales vel emphyteoticariae de quibus idem in his est iudicium» (27).

El descuido se denuncia precisamente desde tierras valencianas. A mediados del mismo siglo XVII el *Regimen Regni Valentiae* de Llorenç Mateu i Sanz ya procura cubrir mejor la doble posibilidad del asunto: «Ex eadem prohibitione acquirendi bona de realengo Clericis Ecclesiasticisve personis et Communitatibus dimanantur duo iura apud nos usu frequentia, nempe Amortizationis atque Quindennii», o quinquenio que también se nos decía en Francia, uno de entidad más política y otro de carácter más general. Ya se dice que Fontanella los había distinguido mal (28).

Para el mismo ordenamiento propio, ya es el primero, «ius amortizationis», derecho político entre el Monarca y la Iglesia, lo que no siempre sabe apreciarse, «non bene percepisse naturam et originem amortizationis huius Regni», pese a que el propio Belluga lo habría sabido captar con su principio de conquista. Ya por ello, por el dominio primigenio y último de un monarca conquistador, «hoc Regno ius amortizationis non infringit libertatem Ecclesiasticam». No lo haría la prohibición de adquisición eclesiástica «sine habilitaione Regis quam amortizationem vocamus» (29).

(27) Ioannes Petrus FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus*, 4, 12 (16, 22, 23, 25 y 30).

(28) Laurentius MATTHAEUS ET SANZ, *Tractatus de Regimine Regni Valentiae*, Valencia 1654-1656, Lyon 1677, que manejo, y 1704, entrando la cuestión a partir del párrafo 109 del apartado 5 del capítulo 2, apartado que versa sobre jurisdicción de diezmos.

(29) Laurentius MATTHAEUS ET SANZ, *Tractatus de Regimine Regni Valentiae*, 2, 5, (111 y 112).

Más decididamente aún que Oliba, no quiere mezclar Mateu con este derecho político el otro de carácter señorial. «Aliud ius ex consuetudine sive conventione provenit quando bona quae in manum mortuam transeunt sunt emphyteutica, nam ultra ius Amortizationis solvitur apud nos Quindenium, hoc est, ne dominus directus fraudetur iure quod habet ad laudemium consequendum ex alineationibus et caducitatem sive commissum, quod aliquando committi solet, solvitur ei» tal tipo de compensación. Esta práctica de indemnización, «quod in Gallia et Catalonia indemnitatem praestare dicitur», no merece compartir la consideración del derecho de amortización. «Pertinet ad dominos directos rerum emphyteutarum ne per amortizationem priventur iure laudemii, commissi et aliis sibi debitis», mientras que este derecho así anterior, el de amortización, constituye una «regalia» por encima del orden señorial. Pero la propia afirmación del derecho político ya también se efectúa con el viento de la práctica en contra. Se le reconoce como un pobre derecho, no percibiéndosele por su tipo que teóricamente era, como en Francia, un tercio, o no exigiéndosele con el mismo rigor que el quindenio de los señores ⁽³⁰⁾.

Para ser un derecho político, poco se sabía de él en la propia corte castellana del monarca que tendría que utilizarlo. Si alguna noticia se tenía, no parece además que proviniera de estas latitudes catalanas. Tampoco muy precisa, tenía si acaso su procedencia de Portugal ⁽³¹⁾. Aquí era a estas alturas literalmente desconocido el derecho de amortización. El jurisdiccionalismo o regalismo castellano, tan afamado ya como español entonces, ignoraba el detalle ⁽³²⁾. Algún

⁽³⁰⁾ Laurentius MATTHAEUS ET SANZ, *Tractatus de Regimine Regni Valentiae*, 2, 5 (113 y 114, con la crítica mencionada a Fontanella).

⁽³¹⁾ *Memorial que escribió y dió al Para Urbano VIII el Sr. d. Juan de Chamucero y Carrillo, del Consejo de Cámara del Rey Don Felipe IV y su Embajador Extraordinario en Roma, sobre la Amortización de Portugal* (1638), en Biblioteca Nacional de Madrid, Manuscritos 10.135, que en ella, conforme al Inventario de la adquisición de la biblioteca de la Casa de Osuna de donde proviene, se registra como de Rafael de FLORANES, *La amortización justificada, suplida e ilustrada con documentos de todas edades*, ff. 261r-274r, o en general el conjunto de materiales que de estas fechas reúne para el desconocimiento que decimos.

⁽³²⁾ Como sus estudiosos, que no detectan la carencia siquiera por la relevancia ulterior del tema: SANTIAGO ALONSO, *El pensamiento regalista de Francisco Salgado de Somoza (1595-1665). Contribución a la historia del regalismo español*, Salamanca 1973;

capítulo que luego querría destacarse, ya por su misma singularidad, como tratado de amortización en Castilla no descende de los términos de un debate más genérico de la capacidad adquisitiva de la Iglesia, sin revelar tampoco noticia particular de la materia ⁽³³⁾. Como en el caso de Bodin, pero por sus causas bien contrarias, el derecho de amortización se ignora.

No hay razón tampoco para la sorpresa: andaba en este territorio perdiéndose la institución enfiteútica en cuyo terreno realmente arraigaba y resistía, que no en el político, la amortización. Lo mismo que la enfiteusis, tampoco es que resultara totalmente desconocida, pero ya por esta vía, que no por la política, la noción también llegaba: «Amortizar es caer una hazienda en poder de alguna persona o comunidad que de allí adelante no se puede vender y queda como muerta, de que no se pueden sacar los provechos o derechos de las rentas, como emphyteusis y alcabalas; y llámase amortización el acto de amortizar» ⁽³⁴⁾. Es también la única acepción. Política simplemente no existe.

4. *Mano muerta de cuerpo inmortal.*

Para ser un derecho político, una regalía definida de cara a la Iglesia, mucho tampoco ésta se daba por enterada. El manifiesto de las posiciones eclesiásticas en el frente político que, fijándose en la primera mitad del XVII, llegó a constituir la bula *In Coena Domini* no se preocupaba ni siquiera por el asunto ⁽³⁵⁾. Pero la jurispruden-

para el concepto poco compadecido con la historia que ya suele aplicarse: Alberto de la HERA, *Regalismo*, en *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, Madrid 1972-1975, III, págs 2066-2068. Y no se ayuda de esta literatura regalista, poco interesado en sus conceptos, Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Regalismo y relaciones Iglesia-Estado en el siglo XVII*, en Ricardo GARCÍA-VILLOSLADA (ed.), *Historia de la Iglesia en España*, Madrid 1979-1982, IV, págs. 73-121.

⁽³³⁾ Christophorus de ANGUIANO, *Tractatus de legibus et constitutionibus Principum ipsorumque et aliorum iudicum ordinarium et delegatorum potestate, iurisdictione et imperio*, Granada 1620, libro II, controversia 5, siendo Campomanes quien lo tendrá por el «único autor castellano que trató de intento» y «de raíz» la materia, y «en abstracto» también advertirá (pág. 202 de su *Tratado*, que naturalmente veremos).

⁽³⁴⁾ Sebastián de COBARRUVIAS, *Tesoro de la Lengua Castellana, o Española*, Madrid 1611 (rep. 1977), voz «Amortizar», completa.

⁽³⁵⁾ De 1698, pero no publicándose hasta más tarde por la iniciativa de Campo-

cia canónica tendría naturalmente que atenderlo, pues ya, aunque sólo fuera, habría de plantearse al dominio eclesiástico en el terreno enfiteúutico. A la altura de la segunda mitad de este siglo XVII, tenemos el óptimotestimonio del monumental *Theatrum Veritatis et Iustitiae* del cardenal De Luca ⁽³⁶⁾.

La cuestión no es que adquiera en efecto mucho relieve. En el índice nutridísimo de materias que de este teatro realizara en 1680 Nicola Falcone, y que desde entonces suele acompañarlo ⁽³⁷⁾, no se registra entrada alguna de la voz *amortizatio* y sólo una de la de *manus mortua*, la cual además se limita a remitir a «*Emphyteusis quoad dominium directum*» y «*quoad successionem*». Este es el terreno pacíficamente aceptado de un concepto de mano muerta que alcanza a la propiedad eclesiástica: el del capítulo enfiteúutico dada la misma posibilidad de que las entidades eclesiásticas accedan, por sucesión o por otra vía, a uno de sus derechos. Y en realidad es respecto al dominio útil, ante el supuesto de este tipo de derecho que inmediatamente implica obligaciones, cuando el problema de la amortización, en sí sin voz, de hecho se suscita.

Surge realmente el problema cuando el dominio útil pasa «ad manum mortuam», planteándosele al «directo qui patiatut ut bona emphyteutica remaneant» en esta especie de manos más incapaces al efecto. Una práctica relativamente reciente o «moderna introducción» se dice que para el caso ha establecido a favor de este otro dominio superior la compensación de los derechos que así pueda perder, y en particular de los eventuales cuyo supuesto de enajenación o de confiscación no son pensables respecto a la mano muerta: «de quindenniis quae dominio directo debentur pro re emphyteutica per manum mortuam». Y de la misma práctica se nos agrega que ha

manes, será el comentario, que ya intenta rehacer su historia, de Juan Luis LÓPEZ, marqués del Risco, *Historia legal de la Bula llamada In Coena Domini*, Madrid 1768. Tampoco es por su vía, y no sólo por el atraso, por donde vendría así el conocimiento.

⁽³⁶⁾ Ioannes Baptista DE LUCA, *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, Roma 1669-1673, y unas cinco ediciones hasta Colonia 1716; versión definitiva, Roma 1680, con más de una decena hasta Napoli 1758 (H. Coing, ed. *Handbuch*, II-I, págs. 264-265, más seguro para los índices que para las ediciones); manejo Venezia 1734.

⁽³⁷⁾ Nicolaus FALCONIUS, *Index generalis rerum notabilium quae continentur in Theatro veritatis et iustitiae*, Roma 1680-1681, convirtiéndose en volumen último de las sucesivas ediciones de la versión definitiva a la que se refiere.

dado ejemplo la propia Cancillería Apostólica, aplicándola a bienes beneficios o a oficios venales que han podido a su vez recaer también en manos muertas ⁽³⁸⁾.

No sólo resulta admisible esta práctica de compensación, sino también la alternativa de obligar a la mano muerta a una ulterior transferencia dentro de un año a mano que se dice capaz por poder atender las expectativas del dominio directo, incluidas las más eventuales de comiso o confiscación. Si ha pasado el bien «a manu privata ad mortam seu ecclesiasticam» puede hacerse que así retorne a mano «habilem et capacem». «Manus mortua potest prohiberi ne retineat rem emphyteuticam sed vendat» naturalmente a «manui non mortuae». Y en todo ello se aprecia incluso la solución al problema de la natural incapacidad de estas manos dichas muertas para la subordinación, que no para la supremacía, señorial. «Ex qua introductione moderno tempore temperatus est antiquus rigor legalis prohibendi permanentiam huiusmodi bonorum penes manum mortuam» ⁽³⁹⁾.

Este es el terreno de la amortización, sin problemas para la misma Iglesia que comprueba cómo este derecho le capacita incluso para adquisiciones que anteriormente le podían estar vedadas. El efecto ya estaba de hecho sugerido desde unos inicios, desde las mismas manifestaciones de Pierre Jame, pero allí también existían unas preocupaciones que ahora en cambio parecen despejadas. Lejos de venirse cargando políticamente el capítulo de la amortización, se le ha ido reduciendo a su recinto enfiteutico. Es esta vertiente civil, y no la política, entonces la que opera. Civil, y no políticamente, dicho régimen encuentra también aplicación en su caso cuando la Iglesia es parte. El horizonte marcado por Bodin nada se acerca, o realmente se aleja.

Ni siquiera en la alternativa de no contar con la amortización la mano muerta, encontrándose obligada a deshacerse de la cosa adquirida, aquí se detectan implicaciones políticas. Viene esto a resultar un apartado normal del régimen bien ordinario de la enfiteusis. Y tampoco hay connotación peyorativa alguna en el

⁽³⁸⁾ I. B. DE LUCA, *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, 2, 162 (5-6) y 4, 5 (2-7).

⁽³⁹⁾ I. B. DE LUCA, *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, 4, 5 (2-7) citado, más 1, 60 (3); 11, 1 (1-4), y 15, 3, *observatio* 224.

mismo término de mano muerta. Sirve esto para significar una incapacidad, que no se tenía entonces menos por normal, del dominio eclesiástico para la subordinación social. Eficazmente refleja hacia el exterior también el régimen de propiedad del propio derecho de la Iglesia. No había por su parte razones para rehuir la realidad de estos usos jurídicos y lingüísticos.

Viene hablándose de manos. Por estos mismos años de la segunda mitad del siglo XVII y de vuelta al ámbito de la Monarquía española, no todavía a España, se encuentra el *Tractatus de corpore eiusque partibus et membris* de Francesco Baronio que exactamente recorre como anuncia partes y miembros del cuerpo: cabeza, rostro, frente, ojos, nariz, labios, boca, lengua, oídos, manos, mamas, corazón, vientre, testículos y pies. Nada más natural que, llegado el órgano prensil, se observe la mano muerta ⁽⁴⁰⁾.

Y resulta que esta mano, ya por muerta, es inmortal. No es que sea una novedad. El argumento ya ha corrido con el tratado más monográfico de Peck o con la construcción más completa de Grégoire. Ya también por su misma paradoja era pacífica para la Iglesia esta calificación de muerte. Pero un tratado del cuerpo y de sus miembros podrá justamente resaltar la idea. «Dicuntur manus mortua quia sicut semel mortuus amplius non moritur, ita huiusmodi corpus nec moritur nec mutatur, licet omnes personae ex quibus consistit moriantur vel mutantur, idem semper remanet», el cuerpo naturalmente de la Iglesia. Su mano muere para que ella sea inmortal. La mano muerta es el miembro que exactamente corresponde a este cuerpo de inmortalidad asegurada. La propia imagen del cadáver que, como tal, no puede de nuevo morir y que mal puede ya alienar, expresa la perennidad de una Iglesia y de sus bienes. «Ecclesia dicitur manus mortuae quia sicut mortui non alienant sic et bona quae ad eam perveniunt sunt inalienabilia» ⁽⁴¹⁾.

Y se adopta sin reparos en efecto el término de mano muerta por parte de la Iglesia, al menos de la romana que particularmente nos afecta. Entra el siglo XVIII y llegan unos concordatos con la

⁽⁴⁰⁾ Franciscus BARONIUS, *De corpore eiusque partibus et membris tractatus*, Palermo 1664-1668, siendo el de la mano el *titulus* o capítulo 13, en ambos volúmenes pues el segundo, de *additiones*, vuelve a hacer todo el recorrido.

⁽⁴¹⁾ F. BARONIUS, *De corpore tractatus*, 1, 13, (93).

Monarquía española que, entre otras novedades, traen la de la expresión, que es también lo que nos interesa. Ya estamos definitivamente de retorno. Durante este mismo siglo el término de amortización cobrará precisamente en España una transcendencia insospechada a la luz de su propia historia, incluida la de estas más relativas novedades introducidas por vía de acuerdo con la Iglesia interesada.

Por medio del artículo décimo del concordato de 1717, especie de paz de Utrecht de la nueva dinastía española con la vieja Iglesia, la previsión se hizo de que «los bienes raíces no puedan pasar a manos muertas y, si pasasen, hayan de pagar por ellos como si estuvieran en manos de seculares» sus nuevos titulares. Así se arbitraba el régimen más eficaz y simple de mantenimiento del carácter tributario de los bienes, sin compensación por una pérdida de derechos que ya no se daría. Pero este artículo de congelación de la propiedad más estricta o privilegiadamente eclesiástica, con su derecho propio, no parece que llegara a ponerse en aplicación. O sólo la tuvo mediante el siguiente concordato, que de la expresión de mano muerta tampoco hará ascos.

A un mismo planteamiento responderá el artículo octavo del concordato ya más aplicado de 1737, pero con sus modulaciones no poco sustanciales. Establece el régimen de mantenimiento de imposición sobre «todos aquellos bienes que por cualquier título adquiriere qualquiera iglesia, lugar pío o comunidad eclesiástica y por eso cayeren en mano muerta», pero eximiéndoles de las contribuciones que se percibían de la Iglesia mediante la obligada concesión pontificia, exceptuándose los bienes que constituyesen dotación de primera fundación y declarándose la competencia jurisdiccional de la propia Iglesia en la materia. No se evitó para sus latitudes en cambio el efecto de acumulación impositiva con la amortización tradicional, que ya no era de concesión pontificia. Pertenecía además al campo del fuero eclesiástico que no había sido tocado por la llamada Nueva Planta de estos territorios que más difícilmente podía decirse paz de Utrecht interna de la Monarquía. Hubo protestas de las diócesis afectadas ⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ *Representación del Arzobispo de Valencia y de los obispos de Tortosa y Segorbe al Rey sobre Amortización*, Biblioteca Mayansiana (Valencia), Papeles Varios, A-65, sin

Y dicho artículo se consideró en vigor tras el siguiente y más definitivo concordato de 1753, que sobre el asunto guardaba silencio. Volvió a circularse y reglamentarse en más de una ocasión, llegando incluso a incluirse en la Novísima Recopilación (43). Su régimen de limitación de adquisiciones eclesiásticas mediante la fórmula de mantener su carácter tributario se encuentra así vigente, junto con el local en su caso de amortización, durante la segunda mitad del siglo XVIII que asistirá a un relanzamiento de este mismo término ya peculiar por efectuarse, aunque no sin sus razones, a su margen. Esta más espectacular operación, a la que nosotros también ahora asistiremos, ya ha creado también la impresión de inexistencia de tales regímenes de limitación y amortización. Tal mismo artículo octavo del concordato de 1737 que constituye ahora el derecho más general sobre la materia, se pasa ya en silencio (44), ya entre incertidumbres no resueltas (45), ya bajo palabra da que no estuvo en vigor (46).

El asunto resulta así movido ya desde el primer concordato del XVIII, pero sin que por ello durante la primera mitad del siglo se aprecien novedades de concepto. No lo es que tranquilamente asuma la Iglesia un término de mano muerta que todavía, si algún juicio denotaba, de inmortalidad era. Aun ya con sus ilusiones,

fecha precisa pero sobre el supuesto, según todo ello noticia de Antonio MESTRE, *Ilustración y reforma de la Iglesia. Pensamiento político-religioso de don Gregorio de Mayans y Siscar (1699-1781)*, Valencia 1968, pág. 493.

(43) En *Novísima Recopilación* (1805), 1, 5, 14, literalmente se reproduce el artículo 8 del concordato de 1737; ya es capítulo reglamentario, como el de otras leyes que siguen, sobre la forma de ejecutarse esta contribución de manos muertas con la dificultad añadida de la señalada competencia eclesiástica; las leyes 19 y 20 contemplan además el caso de Valencia y Mallorca, especial por la existencia del derecho de amortización. Es también para la primera un capítulo de conservación de fuero bajo la Nueva Planta. Pero estos pormenores aquí interesan menos.

(44) Rafael OLAECHEA, *Concordato de 1737*, en *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, I, pág. 579.

(45) A. MESTRE, *La Iglesia y el Estado. Los Concordatos de 1737 y 1753*, pág. 316, en *Historia de España Menéndez Pidal*, XXIX-I, Madrid 1985, págs. 277-333.

(46) La más usual, ya por darse por supuesto que el concordato del 53 substituyó enteramente al del 37: Teófanos EGIDO, *El regalismo y las relaciones Iglesia-Estado en el siglo XVIII*, pág. 175, en R. GARCÍA-VILLOSLADA (ed.), *Historia de la Iglesia en España*, IV, págs. 125-249. Pero son también cuestiones secundarias a nuestro actual propósito.

tampoco mucha novedad detectaban los comentarios concordatarios de Gregori Mayans: «En el artículo octavo sobre los bienes que recaen en los eclesiásticos, concede Su Santidad lo que, si se observasen las leyes de España, no necesitaría de nueva concesión»; «vuestra Magestad tiene, según las leyes de España, mejor derecho que el que en el concordato se ha pretendido concederle, y este derecho se ve también en el de amortización practicado en el Reyno de Valencia» (47). Los conceptos en todo caso no avanzaban.

Comentando el concordato de 1753 y advirtiendo su silencio sobre mano muerta, tampoco añade Mayans otra cosa que ingenuidad. Estima que el artículo era innecesario y aun inconveniente por estar su derecho mejor establecido desde la legislación propia medieval: «En el artículo décimo del concordato de París (el de 1717) se pidió al Sumo Pontífice i en el octavo de 1737 se concordó sobre los bienes que recaen en los eclesiásticos, lo que de ninguna manera se ha tratado en el concordato presente, porque se sabe mui bien que es conforme a las leyes de España», sacando alguna del olvido (48). Mayans, como tampoco otros regalistas o jurisdiccionistas de la primera mitad del XVIII que por su parte habían mantenido la lucha por tales artículos concordatarios, no es concepto lo que aporta a la materia (49).

Mayans recordaba la existencia de la amortización valenciana (50), pero también era consciente de su valor bien pobre. «El

(47) Blas JOVER, *Examen del Concordato ajustado entre la Santidad del Señor Clemente XII y la Magestad del Señor Phelipe V en 21 de Septiembre de 1737* (Madrid 1747), págs. 112-113, en la edición de A. MESTRE, *G. Mayans i Siscar. Obras Completas*, IV, *Regalismo y Jurisprudencia*, Oliva 1985, págs. 97-157, con la cuestión también de autoría.

(48) G. MAYANS I SISCAR, *Observaciones sobre el Concordato del Santissimo Padre Benedicto XIV i del Rei Católico Don Fernando VI*, págs. 402-403, en el volumen citado de sus *Obras Completas*, págs. 227-469; las redactó su mismo año, antes de poder también reparar en pormenores como el del mantenimiento en vigor de dicho artículo de 1737. No publicadas en su momento, había ediciones poco fiables de 1790 y 1847.

(49) Ya debe reducirse a un pobre apéndice en la monografía de A. MESTRE, *Ilustración y reforma de la Iglesia*, págs. 493-495, cuyo título en todo caso no significa que del caso de Mayans se saliera.

(50) Según la edición de A. Mestre registra, la referencia no figura en el manuscrito mayansiano del *Examen* del concordato de 1737 de Jover, pero se encuentra reiterada, con ampliación a Mallorca, en sus *Observaciones* sobre el siguiente.

derecho de amortización no se practica en este reino de Valencia con el rigor que se debe, i se hace mal, porque se va contra el espíritu político del legislador. Pongo por egemplo. Lo que se adquiere sin tener privilegio de Amortización deve confiscarse i, sin embargo desto, las iglesias adquieren bienes raíces i en las visitas los manifiestan, pagan el derecho del sello, i se quedan con ello, o piden facultad al rei, i se les concede si es comunidad poderosa que puede gastar» (51). El «espíritu político» era precisamente lo que se había en la materia perdido. Desde Belluga a Mateu, su afirmación en la misma Valencia ya ha sido vana. La reducción del propio derecho de amortización a arbitrio compensatorio ya constituía un fenómeno de mayor significación que esta misma degradación así acusada.

5. *Una animación tardía.*

Fue el 31 de mayo de 1765, ignoro la hora. Campomanes puso su rúbrica formal al *Tratado de la Regalía de Amortización* que enseguida se publicó. Ya se había cuidado de recibir las oportunas censuras favorables. Y la intención no se ocultaba; con toda franqueza anuncia una demostración el subtítulo: «el uso constante de la autoridad civil para impedir las ilimitadas enagenaciones de bienes raíces en Iglesias, Comunidades y otras Manos-Muertas». También el título resultaba expresivo, reflejando un concepto político nada novedoso del propio término de amortización. Pero este tratado tendrá el éxito del desencadenamiento de una verdadera transformación (52).

No puede decirse que el tratado tuviera un éxito inmediatamente político, integrándose en una operación que rotundamente fracasaría al menos en este capítulo (53), pero literario ya en cambio lo tuvo,

(51) A. MESTRE, *Ilustración y reforma de la Iglesia*, pág. 495, que son expresiones de 1765 ante la noticia de la aparición, que aquí también viene, del *Tratado* de Campomanes. No debió entusiasmarle.

(52) Pedro RODRÍGUEZ CAMPOMANES, *Tratado de la Regalía de Amortización*, Madrid 1765 (rep. 1975). La fecha es la de dedicatoria, con el libro ya seguramente en prensa; a las pocas semanas lo está obsequiando: P. RODRÍGUEZ DE CAMPOMANES, *Epistolario, I (1747-1777)*, Madrid 1983, págs. 119-132.

(53) Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio preliminar* al reprint citado del *Tratado*,

con su importancia desde luego también esto política. La ofensiva regalista de la que formaba parte quedó frustrada ya por la fuerte reacción eclesiástica que provocara ⁽⁵⁴⁾. La misma difusión del *Tratado* pudo frenarse y el debate público contenerse, pero no se consiguió mínimamente anular su influencia ⁽⁵⁵⁾. No provocó tan sólo una reanimación transitoria del debate, sino que también desencadenó a la postre la modificación más definitiva del concepto.

Cambiar, de entrada ya se sabe que no lo hacía. Su concepto de partida es el tradicional ⁽⁵⁶⁾. Con el término de «amortización» se sigue inicialmente haciendo referencia, no a calificación de la propiedad eclesiástica, sino al punto previo de la «facultad» de

págs. 7-38, sigue constituyendo la mejor exposición de este extremo. Confusiones no han dejado luego de aportarse, desde Laura RODRÍGUEZ, *Reforma e Ilustración en la España del siglo XVIII: Pedro R. de Campomanes*, Madrid 1975, págs. 139-177, hasta Margarita ORTEGA, *La lucha por la tierra en la Corona de Castilla al final del Antiguo Régimen. El Expediente de la Ley Agraria*, Madrid 1986, págs. 86-95. De la coyuntura no se ocupa la más reciente panorámica de todo el cambio que para la Iglesia se avecina: William J. CALLAHAN, *Church, Politics and Society in Spain, 1750-1874*, Cambridge (Massachusetts) 1984.

⁽⁵⁴⁾ C. C. NOEL, *Opposition to Enlightened Reform in Spain: Campomanes and the Clergy, 1765-1775*, pág. 39, en *Societas. A Review of Social History*, 3, 1973, págs. 21-43, con el respaldo de su tesis doctoral inédita de 1969 (*Campomanes and the Secular Clergy in Spain, 1760-1780*), cuya tesis ya justamente se cifraba en el adelanto de la reacción que Richard Herr situara a partir de 1789.

⁽⁵⁵⁾ Miguel AVILÉS, *Delación a la Inquisición y otras reacciones de los lectores del «Tratado de la Regalía de Amortización» de Campomanes*, en *Hispania Sacra*, 36, 1984, págs. 43-69, aunque ya el mismo debate será superior a lo que se dice. La financiación de la edición fue pública, pero su tirada no parece que elevada: Lucienne DOMERGUE, *Censure et Lumières dans l'Espagne de Charles III*, París 1982, pág. 37; y reedición entonces no hubo. Tuvo traducciones italianas, dos distintas en 1767, con materiales adicionales una de ellas, y nueva edición española sólo en el XIX, en 1821, con un elogio de Campomanes.

⁽⁵⁶⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio preliminar*, pág. 22: «Sostienen, como se ve, ambos fiscales (Campomanes y Carrasco) que el rey tiene derecho para impedir o limitar las amortizaciones de bienes y que, por consiguiente, hay que solicitar en cada caso la oportuna licencia real, sin la cual ninguna enajenación hecha en favor de manos muertas eclesiásticas sería válida; en esto consistía según ellos el concepto de la regalía de amortización», o según una doctrina de siglos. La tendencia de proyectar a la inversa la idea ulterior de *desamortización* ya también se nota en expresiones como la de «limitar la amortización» queriéndose decir extenderla. Pero este es el cambio de término que ahora precisamente viene.

adquirirla en su sentido de «permiso», «licencia», «habilitación», «privilegio» o «asenso Regio» (57). Eso es la *regalía de amortización*, algo que ya existe desde siglos en latitudes catalanas y que ya en éste mismo andaba de algún modo concordado con la propia Iglesia. ¿A qué entonces la polvareda?

Era ése, situándose ciertamente en una tradición de siglos, el arranque efectivamente del concepto. Pero la obra de Campomanes ya es un tratado que más lo elabora. Viene tarde para ser el *tractatus* que la amortización no ha tenido; llega también con cambios de fondo suficientes para no serlo. En el propio concepto más que su noción tradicional ya se encierra. Puede hacerlo sospechar su mismo expreso desacuerdo con las prácticas existentes por razón no sólo de su degradación, sino también de su concepción. La misma crítica del régimen levantino de amortización, a la que puede unirse ahora la de la práctica resultante de los concordatos, ya es menos anecdótica que la de Mayans (58).

La amortización que ahora se defiende repudia una concepción meramente fiscal que ya habría de resultar por su mismo carácter permisiva. «La amortización como mero arbitrio de hacienda trae al Estado poca utilidad, pero la restricción de adquirir bien dirigida es útil a la Iglesia y al Estado». No es el problema esencial el de establecerse una compensación, ni siquiera fiscal, sino el de conseguirse un expediente «que prohíba la traslación de bienes a manos muertas a beneficio de la causa pública» y por «el bien común», con el preciso objetivo así primario «de conservar los bienes en los vasallos legos». La misma licencia ahora requiere discernimiento

(57) P. R. CAMPOMANES, *Tratado de la Regalía de Amortización*, págs. 27, 28, 172, 219 y 266.

(58) Estas críticas se reiteran en el *Tratato*, habiéndose ya en lo fundamental expuesto por alegación fiscal en el expediente de amortización: José ALONSO, *Colección de Alegaciones Fiscales del Excmo. Sr. Conde de Campomanes*, Madrid 1842-1843, III, págs. 103-191; sus detalles, por lo visto y por lo que ahora se verá, ya son los imaginables. Para confusión entre estos escritos y de sus objetivos: Rafael GIBERT, *Ciencia Jurídica Española*, Granada 1983, pág. 26: «Su dictamen (de Campomanes) de 1764 sobre la *Regalía de Amortización* fue el manual europeo de política desvinculadora». Y es el extremo, no tan inusual, en la anacronía de concepto que antes decíamos. Y no hay aquí mejores exposiciones de la historia de una doctrina que mal ya empieza al demarcársele como española.

antes que precio; o no tiene siquiera que resultar en sí onerosa: «Semejante ley prohibitiva debe ser graciosa, sin exigir el derecho de amortización, quando por una justa, gravísima y no afectada causa pueda tener lugar la facultad de adquirir, quedando al erario su acción al derecho de indemnidad» por la pérdida de impuestos o la de derechos eventuales que así separadamente se mantiene. La cuestión ya es garantizar que ni el interés económico interfiera la dicha causa pública ⁽⁵⁹⁾.

«Esto es terminantemente la amortización» o su concepto rectamente entendido, con su superior categorización como poder político y el compromiso consiguiente en su afirmación. «Esta facultad o asenso Real para adquirir es la que se llama amortización por virtud de la cual retiene el soberano la jurisdicción y los tributos» ⁽⁶⁰⁾. ¿Cómo puede satisfacer el régimen concordado si empezaba por confirmar un principio de concesión pontificia en el campo contributivo y acababa por reconocer la competencia eclesiástica en el jurisdiccional?. ¿Y cómo podía a su vez hacerlo el derecho de amortización levantino cuando, si alguna vez realmente la tuvo, ya había por completo perdido cualquier idea de base y virtud políticas?.

En el tracto de la concepción tradicional no falta su referencia a una libertad eclesiástica o «inmunidad de la Iglesia» que no debería resultar afectada. Pero el horizonte del tratado, con su línea de posición de un poder público no eclesiástico, ya se va definiendo de otro modo. En la expresión de «mano muerta» para la propiedad eclesiástica tampoco falta la constancia de la consideración que tradicionalmente significaba para el «cuerpo inmortal» de la Iglesia, pero la colocación estratégica también incide en las connotaciones del término. Ya debe contenerse la mano muerta «para evitar el empobrecimiento de los vasallos seculares en cuyo número y riqueza consiste la fuerza esencial del Estado». El propio poder público se identifica con la propiedad laica, o con su forma por no vinculada más contraria a la eclesiástica: «Nuestros Mayorazgos perjudican al Erario en el vínculo de inalienabilidad», resultando los mismos «especie de amortización». La mano muerta no queda exenta de la

⁽⁵⁹⁾ P. R. CAMPOMANES, *Tratado de la Regalía de Amortización*, págs. 30-31 y 64.

⁽⁶⁰⁾ P. R. CAMPOMANES, *Tratado de la Regalía de Amortización*, págs. 27 y 189.

descalificación porque se le ofrezcan seguridades: el plan «se dirige a limitar, no a despojar» una propiedad que se dice legítima ⁽⁶¹⁾. Aun con la carga del término de amortización que ya se retorsiona, no sólo ahora divisamos, sino que atravesamos, el horizonte perdido de Bodin.

Es una materia de «derecho público» que así, por política y por economía, debe fundarse. Ya se rechazan argumentos tradicionales como el del principio de conquista por estimarse de derecho privado, impertinentes a la constitución y legitimación del poder, atentatorios a la concepción y establecimiento del propio régimen bien entendido de amortización. El mismo concepto matriz de regalía ya puede así afirmarse con la distinción que antes siempre fallaba. Los señores se sabe que están presentes en el propio terreno de la amortización, con sus derechos compartidos como el de indemnización, «indemnidad que les debían resarcir las manos-muertas obtenido que fuese del Rey el privilegio de amortización», pero ya también desde su misma acepción tradicional quiere exclusivizarse el concepto: «La amortización sólo es respectiva a indemnizar a la Real Hacienda de su aver» ⁽⁶²⁾. Como antes Mateu i Sanz ya quisiera, pero con las coordenadas que ahora lo hacen posible, el derecho señorial es otra cosa.

De amparar a los señores, puede incluso ahora el mismo concepto pasar, por la vía pública, a valer a los vasallos. Se introdujo «para preservar indemne el directo dominio en sus aprovechamietos, que le cesan luego que las manos-muertas adquieren el útil», mas ahora «¿quién podrá negar al Soberano en los bienes temporales de sus súbditos el uso de un igual derecho de indemnidad para preservar sus tributos, jurisdicción y acciones fiscales en los bienes alodiales de los vasallos seculares y para no permitir que sin su noticia y asenso se sometan a jurisdicción distinta qual es la eclesiástica y se hagan inalienables extinguiendo la alcabala?», con los subsiguientes perjuiciosa de incremento de

⁽⁶¹⁾ P. R. CAMPOMANES, *Tratado de la Regalía de Amortización*, págs. 1, 25, 47, 57, 265 y 280.

⁽⁶²⁾ P. R. CAMPOMANES, *Tratado de la Regalía de Amortización*, págs. 45, 50, 180, 182-183 y 210-211.

carga para el común contribuyente ⁽⁶³⁾. El argumento tampoco es nuevo, pero nueva es también su significación.

No es tampoco exactamente una indemnidad de los vasallos, que ya sería un concepto en sí mismo nuevo, lo que en realidad se afirma. Su invocación sólo es un medio de reforzar la del poder político que interesa. Alguna idea de sociedad civil menos intervenida no es lo que asoma todavía porque la presencia de la Iglesia se reduzca. Sus mismos momentos de insinuación pobres resultan en relación a otros de la doctrina anterior: «El fin principal de estas leyes (de contención de la propiedad eclesiástica) es la felicidad y prosperidad de la República civil; poner reglas de equilibrio en la posesión de los bienes raíces para que ninguna parte o clase de Ciudadanos perjudique gravemente a la otra, sacando dichos bienes de aquel libre comercio que actualmente tienen» ⁽⁶⁴⁾. Compárense las expresiones mercantiles de Peck, al que se cita ⁽⁶⁵⁾, para apreciarse dicha pobreza. Pero seguimos, si no siempre atravesándole, al menos ya situados en el horizonte que abriera Bodin, al que no se cita, extraviado como sabemos.

El concepto político es el que domina, valiéndose de cualquier argumento presente y manifestándose en cualquier evidencia histórica. Será signo de regalía toda amortización pasada, incluida la señorial y su misma especie enfiteútica. Los tratados sobre ésta se convierten entre las manos de Campomanes en doctrina política de amortización: «De esta práctica de amortizar en Cataluña escribió un tratado especial Francisco Solsona, con el título de *Stylo Capi-breviandi post ultimam formam amortizationes*, y trae las fórmulas respectivas a esta Regalía de intento» ⁽⁶⁶⁾. Las citas, en confirmación:

⁽⁶³⁾ P. R. CAMPOMANES, *Tratado de la Regalía de Amortización*, págs. 18.

⁽⁶⁴⁾ P. R. CAMPOMANES, *Tratado de la Regalía de Amortización*, págs. 266.

⁽⁶⁵⁾ Exponiendo de primera mano el contenido de su tratado ya por la razón no sólo de que «ninguno trató antes ni con mayor claridad esta materia que Pedro Pekio», sino también porque, como entró más laxamente en problemas de conciencia, no siempre se le ha tenido por favorable a la amortización: P. R. CAMPOMANES, *Tratado de la Regalía de Amortización*, págs. 60-63.

⁽⁶⁶⁾ P. R. CAMPOMANES *Tratado de la Regalía de Amortización*, págs. 167, cuyo error materialmente proviene de que es referencia de segunda mano, a través de I. P. FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus*, 4, 12 (13), tomando por parte de título lo que ya es remisión a apartado y que sólo por subtítulo de otro modo y entre otras

«Todos los bienes que pasan amortizados a las Iglesias quedan además de eso (de la indemnidad) obligados a las mismas cargas y tributos que los de seculares... y retienen los Tribunales Reales en ellos la jurisdicción con mucha uniformidad a lo que se practica en Valencia y aun en Cataluña, Mallorca y Rosellón, como lo testifica nuestro Pedro Belluga», siguiendo su cita sobre el derecho de amortización entre los galos pero con supresión precisamente de su inciso sobre percepción por los señores (67). Ya se trataba ahora de monopolizarlo, al menos en el concepto, como regalía.

Toda la historia de la doctrina y de la legislación que de algún modo toca a control político y civil de propiedad eclesiástica se reconstruye bajo esta nueva luz; sus mismos conceptos, manteniéndose, adquieren otra fuerza y capacidad de expresión. Ya por capítulos de países, el repaso y la revisión se producen: *Leyes* de Francia, de Inglaterra, de los Estados de Flandes y Borgoña, de Alemania, de Polonia, de Milán, de la República de Venecia, de Saboya y Piamonte, de Nápoles y Sicilia, de Génova, de los Estados de Módena y Mirándola, de la República de Luca, de los Estados de Parma, Plasencia y Guastala, de Portugal, de Cataluña, Rosellón, Cerdania, Mallorca y Valencia, y finalmente de una España que se considera existente desde la antigüedad. He aquí el índice del *Tratado de la Regalía de Amortización*.

cuestiones se avisa en alguna edición: «cum formis... recognitionum amortizationum». Pero aparte de que Campomanes non viera el *Stylus capibreviandi* de Francesc Solsona (Barcelona, 1547, 1561 y 1594) y de que desconociera que en su *Lucerna laudemiorum* (más difundida, contando también con ediciones exteriores, comprendida con el nombre de Solona en la colección citada de *Tractatus illustrium Iurisconsultorum*, ampliada en sí y con escritos ajenos en *De laudemis tractatus*, Torino 1629, y aún reeditada en el XVIII con pies de imprenta apócrifos del XVI) también se tocaba la materia (*cellula* 12, 1, 2, 17), interesa aquí más la cuestión formal del propio quid pro quo, bastándonos el contraste de la cuestión enfitéutica, que en sí aquí tampoco nos ha ocupado.

(67) P. R. CAMPOMANES, *Tratado de la Regalía de Amortización*, pág. 50. El párrafo en cuestión de Belluga es el citado que comienza «de illo iure amortizationis habes scire», faltando «et non solum Rex illis utitur, sed etiam quilibet dominus temporalis» que ya le quitaba fuerza en lo que precisamente se alega. Por sus referencias tanto de folio como de parágrafo, Campomanes está utilizando la edición más rara de 1530, donde el pasaje no falta. Unos puntos suspensivos realmente señalan su supresión; no hay entonces en este punto error material, pero no era esto lo que nos importaba.

Si errores de noticias concretas había, más sustanciosos los revela la composición del índice. Ignora que el orden rector de esta historia es común, sin distinción tan primaria de países, ya porque este principio de comunidad jurídica conviene a la Iglesia de cuya reducción se trata tanto como el de la separación de capítulos lo hace al poder político a cuya afirmación se acude. A esto también viene para el supuesto propio la intemporalidad de España por encima incluso del aparte que requiere el caso de los territorios de cultura catalana. Pero tampoco los errores materiales interesaban como tales, sino como indicios precisamente del alcance de la operación. Con error o sin él, desconociendo a Solsona o manipulando a Belluga, contemplando a Cataluña o imaginando a España, en todo caso lo que se realiza es una apropiación y creación de tradición. Doctrinas y leyes pierden su sentido señorial histórico para venir a propugnar el político presente. Toda su autoridad de cultura se conserva. Los textos son los mismos; iguales, las palabras. Su ilusión es la que es otra.

El éxito fue, aunque acallado, espectacular. Una y otra cosa pudo experimentarlo el crítico más empeñado de esta obra de Campomanes, Rafael de Floranes. Experimentó ante todo el silencio. Su *Censura de la Amortización* se abandonó ante la indiferencia oficial, quedando tan inacabada como inédita ⁽⁶⁸⁾. También experimento el éxito ajeno a través de su propio fracaso no sólo en ultimar su obra, sino en recuperar por ella una cultura histórica ya transformada. Floranes se esfuerza en vano por restablecer el sentido genuino de unos textos, atrapado como ya se encuentra por la nueva fuerza que sus mismos términos han adquirido, comenzándose por el de amortización.

⁽⁶⁸⁾ Rafael de FLORANES, *Censura de la obra sobre Amortización*, manuscrito 10.135 de la Biblioteca Nacional citado, folios 1-23, como encabezamiento de la colección documental que dije y que en buena parte la realizó el propio Floranes como aparato de su censura. El momento del abandono se registra en fol. 24r: el cese de Eugenio de Llaguno, que apadrinaría la obra, como secretario de Gracia y Justicia, lo que ocurrió en noviembre de 1797 (José Antonio ESCUDERO, *Los cambios ministeriales a fines del Antiguo Régimen*, Sevilla 1975, cuadro plegable). En la colección hay documentos de fecha posterior y algunas notas que no responden al estilo de Floranes, por lo que existió otra mano de la que no hay noticia en el inventario dicho de la Biblioteca de Osuna ni en los ficheros de la Nacional.

Tras afirmar un concepto de libertad e inmunidad eclesiástica que impediría cualquier forma de amortización, Floranes no encuentra ya mejor terreno para repudiarla que el de la idea más amplia de vinculación traída por Campomanes. Para demostrarse que una ley de amortización no está hecha «en odio de los Eclesiásticos» sino por «el bien de la República», ya debiera ser general; «igualmente debiera precaverle, ora fuesen las Manos-muertas de los Eclesiásticos, ora de los Seglares, pues igualmente se siguen los mismos perjuicios de unas Manos que de otras: la falta de circulación de estos bienes entre los legos, la falta de la alcabalas en las compras y la ventas repetidas, la pobreza de los Vasallos en lo poco que sacan de utilidad de traer a renta estas heredades, y otros inconvenientes que tanto pondera el Fiscal», Campomanes; «es así que todos estos inconvenientes se siguen de las Fundaciones de Vinculos y Mayorazgos de los legos, que todas son también Manos-muertas, luego no privar a éstos de fundar Mayorazgos y privar a los Eclesiásticos de adquirir estos bienes, no puede hacerse sin odio» a éstos (69).

En la idea se abunda: «Siendo innegables los perjuicios que se siguen a los Pueblos de hacerse invendibles los bienes raíces pasando a Manos-muertas, quales son todas aquellas que no pueden vender por qualquier título los bienes raíces adquiridos, sería justa la ley que prohibiese hacer invendibles o inagenables tales bienes», aunque ni siquiera en este caso «se puede poner respecto de los Eclesiásticos sin licencia ni consentimiento de la Santa Sede Apóstolica por ser personas esentas de la jurisdicción y potestad de los Reyes en todo lo que perteneciere a su inmunidad» (70). Para que no nos llamemos a engaño ante sus expresiones sobre mano muerta, viene este oportuno recordatorio de que estamos ante su más radical defensa, más fiel también hacia una tradición que ya hace aguas. No es sólo que no admita el derecho de amortización por parte del poder político, es que más bien le corresponde frente a él al eclesiástico, sin cuyo asentimiento y concesión no puede intervenir. Pero los conceptos a los que ya debe recurrirse, defienden menos. Un acreditado paladín de la propiedad eclesiástica y nobiliaria se ve obligado a enarbolar la idea de vinculación más adversa.

(69) R. FLORANES, *Censura de la Amortización*, ff. 3v y 6r.

(70) R. FLORANES, *Censura de la Amortización*, fol 6v.

El propio concepto más amplio de vinculación Floranes lo expresa mediante el término de mano muerta que también así viene a sufrir su transformación. Ya sólo por extenderse fuera del campo corporativo, deja de expresar la virtud adquisitiva de un cuerpo inmortal, pero el caso es que también pasa entonces a soportar la carga negativa que no se ha significado tradicionalmente en su apellido. Mano muerta ahora ya tiene el sentido de mano estancada. No es una aportación personal, que ya sería imprudente, de Floranes, sino un indicio de los cambios semánticos provocados por el *Tratado* de Campomanes. Ya él mismo decía del mayorazgo «especie de amortización». La *Censura* no ha sido además inmediata, reflejando evoluciones ulteriores.

Faltan publicaciones, pero manifestaciones no faltaron. A poco de editarse el *Tratado*, este interrogante podía venir de una Diputación de contribuyentes: «A qué debe atribuirse la decadencia de la Agricultura, la despoblación del Reyno, la falta de comercio y la minoración de las manufacturas y navegación sino a la desustanciación a que reducen a los pueblos estas traslaciones de raíces en Manos-muertas, extinguiéndose las Familias y saliendo muchos caudales por esta vía incensamente del Reyno» (71). Se miraba sólo, apoyándose la iniciativa de Campomanes, a propiedad eclesiástica, pero ya con dicho concepto nada compasivo de mano muerta. No es nueva la relación entre los respectivos crecimientos de la mano muerta y la carga tributaria de otras manos, pero lo es la desacralización del término, o su «desustanciación» si también quiere decirse, que con la imputación se implica. Lo es el cambio que el propio término así ahora sufre.

Novedades seguirán. El últimotercio del siglo XVIII es época de vida académica. En las academias se encerraba el debate que no encontraba entonces cauces ni universitarios ni editoriales. La cuestión de la propiedad eclesiástica ya fue en estos recintos debatida, revelándose el cambio de cultura. Se discute la fundación de patronatos y no deja de colacionarse, con su término de

(71) *Representación del Reyno a la Magestad de Carlos III por medio de la Diputación de Millones en 26 de febrero de 1766 para el establecimiento de una Ley que contenga las ilimitadas adquisiciones de las Manos-muertas*, artículo 31, en la citada colección del manuscrito 10.135 de la Biblioteca Nacional, ff. 390r-392v.

amortización, la obra de Campomanes. A discusión se traen las dotes de las monjas y para su limitación se tiene una pauta que aplicar: «las mismas razones y principios que todos los sabios y gobiernos cultos de la cristiandad hallaron para justificar la ley de amortización de bienes raíces». La misma ley, como cosa bien conocida, en otras intervenciones más directamente se alega: «que los bienes no recaigan en Manos-muertas» es la «primera idea de una buena Ley Agraria» que así como requisito tiene «el derecho de amortización riguroso para que bajo de ningún pretexto puedan adquirir aquellos que no han de llevar la carga del Estado». Incluso expropiación se insinúa: «Convendría se resucitase (la amortización) contra aquellos Cuerpos y Masnos-muertas que poseen más bienes de los que necesitan para su decencia y conservación». Es ésta la situación: «Si a los Ciudadanos que tienen una multitud de Manos-muertas que sustentar, les será insoportable mayor número». Y de toda esta ebullición alrededor del término de amortización hay un responsable: «el Tratado del Señor Campomanes, que se puede llamar despertador original de estas ideas» (72).

Atravesamos definitivamente el horizonte de Bodin. Allí todavía la Iglesia se integraba en la *Republica*, planteándose el equilibrio; aquí ya resulta expulsada del *Estado*, resultándole una carga. Su propiedad ya constituye un cuerpo, antes que inmortal, extraño. El término de amortización, de historia tan discreta, se magnifica tras su rescate. Ya es un signo de repudio y de condena. Ronda, con su amenaza, a la propiedad eclesiástica, pero todavía, con su descalificación, no la significa. Esta misma amplificación de sentido sólo ahora, acompañada de juicio, podrá tener su importancia. Estaba al menos insinuada, sin mayor alcance, desde el tratado de Peck. Hasta ahora la misma propiedad eclesiástica, entre otras corporativas y en general vinculadas, en sí no se significaba. Ahora podrá precisar un término que al mismo tiempo la identifique y la enjuicie. A la vista lo tiene.

Tras la obra de Campomanes, puede que los cosas no hayan cambiado mucho, pero las ideas lo han hecho, que también son

(72) Colección de extractos y resúmenes de estas disertaciones académicas en el susodicho manuscrito 10.135, ff. 529v-537v, concluyendo con la nota del despertador, que está entre las que no me parecen de Floranes.

cosas, o que son el modo como las mismas cosas se manejan. Antes que otras revoluciones vengan, la cultural ya ocurre. El mundo señorial en el que la amortización se ha sustentado estará en la realidad, pero ya no en el horizonte. De él abstracción, antes que abolición, se hace. El mismo concepto histórico de amortización con él se pierde, pero no aquí el término, así disponible. Muere el concepto, pero aquí no se le entierra.

6. *Existencia de ultratumba.*

Fue el 26 de abril de 1794. Gaspar Melchor de Jovellanos remite a la Sociedad Económica Matritense de Amigos del País el *Informe en el Expediente de la Ley Agraria* (73); a sus manos había venido un encargo que procedía de las de Campomanes, inductor allá por 1777 de la consulta a la Sociedad. Entre unas manos y otras, las posiciones avanzan. En un panorama ya menos monográfico, Jovellanos eleva «la amortización» al título del apartado que más atención le merece dentro de los integrantes del capítulo de «estorbos políticos o derivados de la legislación», esto es jurídicos, para el progreso de la agricultura. Afrontó con la decisión sus dificultades, pero la obra logró publicarse, incluso como libro exento. Se imprimió como parte del tomo de *Memorias de la Real Sociedad Económica de Madrid* correspondiente al año 1795, pero se hizo finalmente tirada, aunque restringida como la de ellas, aparte (74). Pasará como con el tratado de Campomanes; no podrá reeditarse ahora, pero con una edición bastará (75).

(73) El oficio de remisión en Gonzalo ANES, *El Informe sobre la Ley Agraria y la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País*, págs. 135-138, en su *Economía e Ilustración en la España del Siglo XVIII*, Barcelona 1969, págs. 95-138.

(74) Frente a lo que suele afirmarse desde G. ANES, *El Informe sobre la Ley Agraria*, pág. 127; que se imprimió como parte del tomo V de las *Memorias* consta al pie de los cuadernillos, pero la edición fue como digo exenta y con paginación propia: *Informe de la Sociedad Económica de esta Corte al Real y Supremo Consejo de Castilla en el Expediente de la Ley Agraria*, Madrid 1795, con indicación de su autor. No se recogió siquiera en las mismas *Memorias*, tal y como se refleja en Paula de DEMERSON, Jorge DEMERSON y Francisco AGUILAR PÑAL, *Las Sociedades Económicas de Amigos del País en el Siglo XVIII. Guía del investigador*, San Sebastián 1974, págs. 169-170.

(75) Aunque ya habrá otras, desde el decreto de las Cortes de Cádiz de 24 de enero

Y tiene bien formado Jovellanos su concepto de amortización. Ya definitivamente no es un derecho de atraer propiedades a mano muerta, sino el mismo estado de mortalidad de esta propiedad. Amortización ya es «vinculación, la «eclesiástica» y la «civil», ésta la de mayorazgos y figuras afines. Su capítulo de amortización se enfrenta, no a una regalía del poder político, sino al problema más civil creado por «los cuerpos y familias amortizantes», así conjuntamente: por las corporaciones y los linajes que han adoptado para perpetuarse esta forma de dominio que ya sin tapujos «un mal» se juzga. Malas se reputan las amortizaciones, es decir vinculaciones, «así eclesiástica como civil» por las razones de que «sacan continuamente la propiedad territorial del comercio y circulación del estado» o la de que «facilitan una acumulación indefinida y abren un abismo espantoso que puede tragar con el tiempo toda la riqueza territorial del estado».

Era preocupación también de Campomanes, citándose a este efecto su «excelente tratado de la *Regalía de Amortización*», pero la misma base de operaciones, con la propia potenciación del término, ya se está organizado de otra forma. A primera línea viene, no un poder político que afirmar, sino una «economía civil» que liberar. Por contraria a ella fundamentalmente se condena la amortización, esto es vinculación, eclesiástica. Y «si la amortización eclesiástica es contraria a los (principios) de la economía civil, no lo es menos a los de la legislación castellana», con las disposiciones sacadas del olvido entre Mayans y Campomanes conformando ahora una «ley fundamental» impasible ante los desprecios de la historia. «No hubo código general castellano que no la sancionase». Y esta *ley* ya puede aquí encerrar, no un mero control exterior de la propiedad eclesiástica, sino su más intrínseca descalificación.

El simple cambio de significación del término *amortización* ya cambia más radicalmente el sentido de los textos. Y adviértase que,

de 1812 que recomendase su conocimiento y hasta hoy, con la existencia de una especie de jovellanismo: Lilian L. RICK, *Bibliografía crítica de Jovellanos, 1901-1976*, Oviedo 1977. Pero no hay problemas textuales, salvo erratas, que ya corrigió la Sociedad Económica Matritense en su nueva edición de 1830, y salvo numeración de párrafos, que otras ediciones irán perdiendo, de la primera. Los de la amortización, 147-222, hasta el 184 para la eclesiástica; de aquí todas las citas, fáciles también de localizar en ediciones sin numeración de párrafos.

aun faltando su aplicación, este concepto adjetivador de la propiedad eclesiástica es el único punto en el que a estas alturas existía un acuerdo entre las antípodas representadas por un Floranes y un Jovellanos. Absolutamente discordes en lo que respecta a la política del tema, dicho concepto, mano muerta en el uno, amortización y mano muerta en el otro, lo comparten. Ya era una cuestión de cultura por encima de posiciones individuales (76).

Pero la aportación individual de Jovellanos es crucial, infundiendo forma y fuerza al concepto. Su elaboración sólo ha llegado con el *Informe*, que nombra la cosa, dándole vida para el golpe de gracia. Pocos meses antes de que la Sociedad Económica Matritense lo introdujese en el expediente agrario, Jovellanos tenía su criterio antivincular ya formado, pero no todavía construida la categoría de amortización que vendrá a ser clave. La «general vinculación de las propiedades» era ya concepto global del carácter de las de «los mayorazgos y los monasterios e iglesias», pero otro más específico de «vinculaciones en manos muertas» sólo todavía interesaba a los segundos, a la propiedad eclesiástica. Y amortización era todavía solamente regalía: «facultad de amortizar» (77).

Ya el trastoque de los términos se impone: amortización denota a partir de ahora su contrario; no un principio de imperio civil, sino eclesiástico; no un control externo a la propiedad corporativa, sino una calificación intrínseca suya. Desamortización, un término antes

(76) Floranes no dejó de escribir su *censura* del *Informe*, también inédita y hoy perdida; sobre ella, diciéndose que se extendían a «84 pliegos de escritura», mantuvo correspondencia con Jovellanos (*Biblioteca de Autores Españoles*, 86, Madrid 1956, págs. 223-234), quien como especie de respuesta inició unos *Diálogos sobre Crítica Económica* (*Biblioteca* dicha, 87, 1956, págs. 335-341, edición también de Miguel Artola; con indicaciones ulteriores sobre la ocasión, la de José CASO, *Obras en Prosa*, Madrid 1969, págs. 257-269). El manuscrito sobre amortización que venimos utilizando, atribuido en la Biblioteca Nacional a Floranes y que en su mayor parte le pertenece, contiene el capítulo correspondiente del *Informe* (ff. 548r-554r), pero con notas mínimas que no me parecen además de Floranes. No está aquí en todo caso dicha *censura*.

(77) G. M. JOVELLANOS, *Carta sexta a Antonio Ponz*, sin fecha, de alguna de 1782, en *Biblioteca de Autores Españoles*, 50, Madrid 1952, págs. 290-294, compartiendo el corresponsal el mismo estado menos elaborado de preocupación por las «manos muertas» en su sentido eclesiástico: Joaquín DE LA PUENTE, *La visión de la realidad española en los Viajes de Antonio Ponz*, Madrid 1968, pág. 53. En la correspondencia entre Campomanes y Jovellanos no he encontrado en cambio conceptos interesantes al caso. No todo se ponía, menos entonces, por escrito.

impensable, ya podrá luego aparecer para significar una realidad antes igualmente inimaginable: la de pura negación y simple abolición de dicha forma de propiedad. Peck pudo en tiempos plantearse si la expresión de mano muerta era un absurdo; pudo también vislumbrar una aplicación del término de amortización a la misma propiedad. Lo que ni él ni nadie ha podido hasta ahora concebir, ni como vislumbre ni como absurdo, es este preciso binomio. Ha habido también sus novedades mientras que Jovellanos preparaba su informe, como una revolución ya más que cultural en la vecina Francia. No contará con estos términos para las novedades que sobrevienen. Ya es notable que este reciclaje ocurra donde el derecho de amortización se ha ignorando. O no lo es tanto, dadas las proporciones que entonces ha adquirido aquí el problema.

El éxito del término, encerrando el del concepto, no puede resultar mayor, cultural primero que es lo que estamos contemplando. Antes de que unos cambios reales quepan, a partir aquí de 1808, los de concepto se imponen; en su campo ya hemos visto que tiene que venir a situarse la propia defensa de la realidad dada. Cuando se trata en cambio, aun con todas sus dificultades, de la posición contraria, ya se cuenta con el lenguaje. La expresión necesita ser posible antes que libre y ahora lo es, aun sin libertad todavía. En las mismas visperas de 1808 tendremos la prueba de todo.

Era el 2 mayo de 1806. A partir de este día, y hasta el 28 de agosto del mismo año, mediante lectura ante la Academia de la Historia, se hace público el *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua Legislación y principales Cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla* de Francisco Martínez Marina ⁽⁷⁸⁾. Afrontó también sus problemas, no acordando la Academia, de la que era el encargo ⁽⁷⁹⁾, su pu-

⁽⁷⁸⁾ Rafael de UREÑA, *Observaciones acerca de los estudios de Historia del Derecho Espanol*, Madrid 1906, págs. 87-91, que sigue desgraciadamente siendo la mejor exposición, no sólo de conjunto, sino también de no pocos detalles.

⁽⁷⁹⁾ Debería haber servido como estudio preliminar de la edición de las Partidas de la Academia, a lo que respondía su título completo: *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua Legislación y principales Cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de don Alfonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas*, Madrid 1808; la edición siguiente, Madrid 1834, es corregida y ampliada por el propio autor, siguiéndola otra de 1845, que es la reproducida por la *Biblioteca de Autores Españoles*, 194, Madrid 1966.

blicación inmediata. Contenía un apartado de *amortización* eclesiástica que debió suprimirse en su edición de 1808 ⁽⁸⁰⁾, antes todavía del desencadenamiento de la crisis que viniera a resultar constituyente; pero el propio autor vivió para recuperarlo, reintegrándosele a la obra en la edición siguiente del 1834. En 1808 sólo se hacía referencia a unas «leyes mencionadas de amortización eclesiástica» que en realidad no aparecían; la pista al menos sirve para dejarnos constancia de que su tratamiento ya estaba en la versión original leída públicamente en 1806 ⁽⁸¹⁾. Testimonia nuestro tiempo.

Amortización es el concepto. En las disposiciones históricas, por época medieval, de vinculación o afectación local o social de propiedades se ve amortización, una determinada concepción de la propiedad. «Por las mismas razones que se estableció la amortización civil, los reyes de León y Castilla publicaron en sus Estados la ley de amortización eclesiástica» en el sentido regalista; era un medio de contener la tendencia de la Iglesia a «aumentar sus inmunidades y acumular heredamientos, bienes y riquezas». Se contuvo «la libertad indefinida de enajenarse a manos muertas los bienes raíces» porque se comprendía que «nada fomenta más la población, la industria y la riqueza pública que la transmisibilidad y libre circulación de bienes y propiedades, como que nada la entorpece tanto como su estanco y circulación en familias y cuerpos privilegiados, así políticos como religiosos» ⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ La Inquisición había iniciado actuaciones contra el *Informe* de Jovellanos por su capítulo sobre *amortización*: Antonio MÁRQUEZ, *Literatura e Inquisición en España, 1478-1834*, Madrid 1980, págs. 67-69; las diligencias no pasaron a mayores, pero el temor ya, o todavía, operaba: L. DOMERGUE, *Censure et Lumières*, pág. 9; *Le livre en Espagne au temps de la Révolution Française*, Lyon 1984, pág. 140. El propio MARÍNEZ MARINA hubo de vérselas con la Inquisición, con defensa que más tarde se publicaría: *Defensa del doctor don Francisco Martínez Marina contra las censuras dadas por el Tribunal de la Inquisición a sus dos obras Teoría de las Cortes y Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación de España*, Madrid 1861.

⁽⁸¹⁾ Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico*, parágrafo 224 (pág. 199) de esta primera edición que presenta numeración corrida de párrafos, sin división de capítulos que sólo viene con la de 1834; la remisión non puede ser a un apartado sobre incapacidades de adquirir y suceder por parte de religiosos, que figura en la primera, pues en él non se usa siquiera el término.

⁽⁸²⁾ F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico*, ed. 1834, libro 5, párrafos 26 y 27, de la parte suprimida en la primera edición (26-52 de este capítulo). La

La «benéfica legislación» de amortización respondía a una precisa política «contra la acumulación de bienes y propiedades en cuanto fuese posible y compatible con la libertad civil, con la industria popular y con los derechos legítimos de los particulares». La propia regalía ya encierra su economía; o ya es ahora, en lenguaje de Campomanes, la indemnidad de los vasallos la que priva. La «ley de amortización» figura entre las que garantizan «la libertad e igualdad civil» y la «seguridad personal». La propia regalía les sirve frente al prejuicio corporativo que «reputaba por una injuria hecha a la dignidad eclesiástica, y como cosa contraria a la libertad e inmunidad de la Iglesia, poner trabas a las adquisiciones de bienes raíces por manos muertas». Y ley tan perfecta se dejará perder. «Esta ley general de España no se ha copilado» (83).

De esto también se ocupará Martínez Marina, enfrentándose posteriormente a la última compilación española del derecho, ya a las mismas vísperas de la nueva época que en cambio codificará. Era la Novísima Recopilación de 1805, o más oficialmente *Recopilación de las Leyes de España*, a la que ya nos referimos por haberse recogido en ella el artículo octavo del concordato del 1737 con su reglamentación que también interesaba al derecho levantino de amortización. «Falta en la Novísima la famosa ley de amortización eclesiástica», es la afirmación tajante al efecto del *Jucio crítico de la Novísima Recopilación* de Martínez Marina (84).

La amortización histórica real no existe. Su concepto ideal la eclipsa. Ya ha desaparecido del horizonte la doctrina pretérita. Ahora lo hace la ley, incluso la actual que a tracto histórico todavía responda. Toda la historia se ha cancelado, desapareciendo literalmente de la vista. En el pasado como en el presente sólo hay signos

numeración de párrafos interna de cada capítulo se mantiene en todas las ediciones posteriores.

(83) F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico*, 5 (33, 34, 51 y 53).

(84) F. MARTÍNEZ MARINA, *Jucio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid 1820; junto a su *Ensayo histórico-crítico*, en el volumen 194 citado de la *Biblioteca de Autores Españoles*. La constatación en el artículo 10: «Leyes omitidas y que se echan de menos en la Novísima Recopilación». En su momento sistemático, de las leyes recopiladas sobre el asunto no ha dicho nada, pese a la buena base, por su mala técnica de refundiciones y sobreentendidos, que podía ofrecer a su crítica. Tampoco eran éstas las cuestiones que aquí nos interesaban.

de una epifanía. Comienza la historiografía que sirve de adelantada de una política del derecho o de toda una aculturación más que jurídica. El nuevo concepto histórico ya nace con otras pulsiones.

Las palabras prestan su ayuda: amortización, con su raíz de muerte, para una realidad que se condena. No hay ahora la extrañeza de los inicios. El término entonces chocó por provenir de un ámbitoservil y venir a aplicarse a una entidad que se pensaba inmortal. El choque se superó, convirtiéndose la mano muerta en expresión precisamente de superioridad y perennidad. Perdida toda esta cultura, las palabras pueden recobrar ahora una nada inocente ingenuidad. Y la cifra podrá aquí constituirla este término de amortización.

Ni mecanismo regulador interno en un sistema homeostático, ni instrumento de intervención externa en un sector problemático, ya es otro el paradigma de la amortización. Ni expresión de inmortalidad jurídica, ni signo de supremacía feudal, ya es otro el mundo de la mano muerta: *Amortización* es ahora condición de mano, por corporativa, muerta; mano corporativa — muerta —, esterilidad y estancamiento; *desamortización*, condición de mano, por privada, viva; mano privada — viva —, abundancia y progreso. «Ab illusione vocabuli fiat interpretatio et descriptio».

P.D. - La *Censura* que se da por perdida en la nota setenta y seis ha sido localizada entre los papeles del censurado: Javier VARELA, *Jovellanos*, Madrid 1988, pag. 130.

PAOLO GROSSI

LA PROPRIETÀ E LE PROPRIETÀ NELL'OFFICINA DELLO STORICO (*)

1. La proprietà e le proprietà: un ripensamento teorico e il suo significato per lo storico del diritto. — 2. La proprietà e le proprietà: la cultura dell'appartenenza e i condizionamenti monoculturali per lo storico del diritto. — 3. La proprietà e le proprietà: condizionamenti di archetipi culturali. L'appropriazione individuale e il suo modello napoleonico-pandettistico. — 4. La proprietà e le proprietà fra isolamenti tecnico-giuridici e soffocamenti economicistici. — 5. Storia delle proprietà e storia agraria. — 6. La storia delle proprietà e il suo recupero giuridico. Storia delle proprietà e fonti catastali. — 7. Un sentiero da percorrere: la proprietà come mentalità giuridica. — 8. La storia delle proprietà all'insegna della discontinuità: 'medievale' e 'moderno' come universi distinti. — 9. Officina medievale. — 10. Il dominio utile: una mentalità profonda. — 11. Dominio utile, proprietà e *iura in re aliena* entro il sistema del diritto comune. — 12. L'inaugurazione di una proprietà 'moderna'. — 13. Per una definizione del 'moderno' nella proprietà: semplicità e astrattezza. — 14. Alla ricerca del 'moderno' nella proprietà. Qualche considerazione sul quadrivio cinquecentesco. Un cenno necessario: Pothier nel bozzolo di un luogo comune. — 15. Alla ricerca del 'moderno' nella proprietà. Il 'Code Napoléon': un palinsesto giuridico. — 16. Alla ricerca del 'moderno' nella proprietà. Il nuovo modello tecnico della Pandettistica.

1. Non sarà inutile prender le mosse, per render fruttuose queste parole introduttive di chiarimento, proprio dalla insegna sintetica sotto la quale, per volontà degli organizzatori, si pone il nostro Congresso: la proprietà e le proprietà. Ogni giurista sa — ed è perfino superfluo accennarvi — che essa è presa di sana pianta

(*) Si pubblica qui la Relazione tenuta a Siena, nell'autunno del 1985, nell'ambito del Congresso nazionale della Società italiana di storia del diritto, che aveva per tema: «La proprietà e le proprietà». Il carattere introduttivo di queste pagine impone che le annotazioni siano poche e si riducano a chiarire ambiguità (e citazioni appena accennate) del testo o a fornire minime integrazioni essenziali. Il testo rispecchia con fedeltà la relazione tenuta nell'ambito del Convegno; soltanto il titolo, che nel programma a suo tempo diffuso si presentava genericamente come «Considerazioni introduttive» ai lavori della sezione medievistica e modernistica, è stato sostanzialmente mutato.

dalla felice intitolazione di una sostanziosa relazione di Salvatore Pugliatti risalente a una trentina di anni fa (1), ma non è forse superfluo riproporci il problema del significato storico che vi è racchiuso e della svolta radicale nel divenire della riflessione civilistica italiana di cui fu allora simbolo e segno. Si tratterà soltanto di porre un punto fermo che valga a non coartare la ricchezza straripante di un lungo e complesso itinerario storico (che è per l'appunto il nostro oggetto), ma — se mai — ad esaltarne proprio la ricchezza, la complessità, il diverso atteggiarsi per climi diversi.

Tant'è vero che la prima domanda, cui dobbiamo una risposta immediata, è fino a che punto questa non innocua intitolazione convenga allo storico del diritto medievale e moderno che indagli sui rapporti di appartenenza, in qual misura sia soffocante (cioè destoricizzante), quanto di essa egli possa avvalersi senza inquinare la correttezza del proprio approccio metodico.

L'insegna non è innocua, perché non è occasionale, e non si esaurisce nemmeno in un gioco gradevole di parole. Ha, al contrario, carattere progettuale, programmatico. Quando, nel 1952, in seno al terzo convegno nazionale di diritto agrario, Pugliatti se ne fece con piglio deciso portatore, egli partecipava ai congressisti il risultato d'una lunga riflessione personale e, insieme, portava a compimento con una sistemazione ammirevole la svolta che, per merito suo e di Enrico Finzi, si era prodotta nella dottrina italiana degli anni Trenta (2).

Qui era germogliata l'intuizione elementare che fosse ora di

(1) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario — Palermo, 19-23 ottobre 1952*, Milano, 1954, ora anche in S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 145 ss.

(2) Un momento epifanico di particolare rilievo per il rinnovamento in atto della nostra civilistica fu il primo congresso nazionale di diritto agrario del 1935, nell'ambito del quale si collocano le relazioni di Enrico FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, e di Salvatore PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*. Espressione d'uno stesso stato d'animo e delle stesse correnti culturali, si veda, nello stesso ambito congressuale, in stretta connessione con le relazioni di Finzi e di Pugliatti, quella di Tullio ASCARELLI, *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario*.

guardare al rapporto fra uomo e cose non più dall'alto del soggetto, bensì ponendosi a livello delle cose e osservando dal basso quel rapporto, senza preconcetti individualistici e con una disponibilità totale a leggere le cose senza occhiali deformanti. E le cose avevano rivelato di essere strutture non generiche ma specifiche, con assetti specifici e diversificati che richiedevano diverse e peculiari costruzioni giuridiche se quest'ultime volevano essere congeniali e non mortificanti (3). Dai diversi statuti dei beni si era giunti alla edificazione di più proprietà ciascuna delle quali aveva una fondazione strutturale, cioè nella riposta realtà dei fatti naturali ed economici. Quel che importa qui di notare è che, per la prima volta dopo le enfasi dell'individualismo possessivo, si operava uno scardinamento dal soggetto della nozione di proprietà, se ne tentava una costruzione partendo da elementi oggettivi e — di conseguenza — la si relativizzava.

Se questa fu l'operazione — culturalmente validissima — dei civilisti nostri, e se questo è il contenuto culturale a cui sempre dobbiamo riferirci quando ripetiamo la formula (come facciamo noi in questo convegno), un problema si pone per lo storico e una domanda si impone: può per lui, oltre che per la civilistica recenziore, assurgere una simile insegna a indirizzo e canone del suo lavoro scientifico? Certamente sì, almeno per quanto attiene alla istanza metodologica fondamentale che vi è sottesa, e che può ridursi a una relativizzazione e demitizzazione della proprietà moderna. Lo storico non può che sentirsi a suo agio dinnanzi a questa estrazione della proprietà dal suo secolare recinto sacrale, a questa sua immersione nel profano delle cose costringendola a fare i conti, ormai al di fuori dello scrigno protettivo del soggetto, con le crudeltà dei fatti naturali ed economici.

È l'invito a relativizzare nozione e istituto che egli può pienamente e senza timore raccogliere come messaggio di questo fertile

(3) Un supporto filosofico al sensibilissimo sforzo tecnico-giuridico dei nostri civilisti doveva giungere, *ex post*, da Giuseppe CAPOGRASSI con un saggio che ebbe larghissima risonanza negli anni Cinquanta, *Agricoltura, diritto, proprietà* (1952), dove all'imperante soggettivismo esasperato si tenta di contrapporre una visione più complessa ed armonica di un mondo giuridico nel quale non può spettare alle cose il solo compito di oggetto passivo di volontà spesso arbitrarie e irragionevoli.

ripensamento teoretico, che vuol essere soprattutto profanazione di un simulacro e recupero alla storia d'un modello assoluto. Su questo lo storico non può non consentire; per lui ' proprietà ' deve essere soltanto un artificio verbale per indicare la soluzione storica che un ordinamento dà al problema del legame giuridico più intenso fra un soggetto e un bene, o, in altre parole, la risposta all'interrogativo centrale sulla consistenza minima del ' mio ' giuridico; soluzioni e risposte che sono a doppio titolo molteplici, a seconda dei vari climi storici e a seconda dei vari contenuti che uno stesso clima storico dà a quell'involucro aperto e disponibile che convenzionalmente identifichiamo come proprietà.

La pluralizzazione proprietaria, intesa come risultato di una liberatoria istanza relativizzatrice, è qui sinonimo di storicizzazione, recupero al divenire delle cose mortali di quanto una raffinata ideologia aveva proiettato sulla guglia più alta di un tempio sacro.

2. Fatta questa inappuntabile premessa, occorre tuttavia andare oltre. Arrestarsi a questo grado di avanzamento metodologico non sarebbe infatti bastevole per evitare allo storico alcuni gravi rischi di indole culturale su cui è opportuno sostare e diffondersi nello sforzo di sgomberare il cammino da equivoci fuorvianti che, in un terreno come il nostro, sono frequenti e insidiosi. Prenderne coscienza è già imboccar la strada per evitarli.

Il primo rischio è quello di un pesante condizionamento monoculturale: la nostra insegna, pur con tutte le sue pluralizzazioni, porta impresso il richiamo ingombrante a un universo ' proprietario ', e proprietà è sempre un minimo di appartenenza, di poteri esclusivi e dispositivi conferiti a un determinato soggetto dall'ordine giuridico. Parlare soltanto di proprietà, anche se al plurale, significa restare ben racchiusi entro la nicchia di una cultura dell'appartenenza individuale. E questo è un orizzonte troppo angusto.

Nessun dubbio che sia qui il perno portante e il ' segreto ' della storia giuridica dell'Europa occidentale e che questa storia sia stata vissuta soprattutto come vicende di ' proprietari ' e lotta per la ' proprietà ', ma nessun dubbio ugualmente che ridurre a questa

dimensione il multiforme rapporto uomo-beni ha il senso di un deplorabile immiserimento.

Intanto, è un orizzonte europeo; ma da Maine e da Laveleye in poi ⁽⁴⁾, grazie agli squarci aperti da etnologi e sociologi verso civiltà asiatiche africane e americane, è tutto un pullulare vivo alla nostra attenzione di culture proprie a pianeti giuridici diversi dove non è tanto la terra che appartiene all'uomo ma piuttosto l'uomo alla terra, dove l'appropriazione individuale appare invenzione sconosciuta o assetto marginale. Secondariamente, anche per il quadrante europeo è un orizzonte troppo vincolato alla ufficialità dominante: v'è tutto un complesso di realtà sepolte, vivissime nella campagna e nella montagna medievali ma che riescono malgrado ostilità condanne brutalizzazioni a trascinarsi intatte fino a noi, forme primordiali d'organizzazione comunitaria d'una terra, nelle quali non è soltanto lo spirito individualista a mancare ma financo lo stesso spirito proprietario. Intendiam riferirci al fenomeno — estesissimo in Italia come in tutte le plaghe dell'Europa occidentale e orientale — che possiamo approssimativamente e genericamente, con una buona dose d'arbitrio, qualificare come ' proprietà collettiva '.

Sia chiaro che con questo termine usuale ma improprio non evochiamo né l'immagine di una proprietà non-individuale (il tradizionale condominio), né quella della proprietà di una persona giuridica, fosse anche pubblica, o addirittura dello Stato (ché sempre individuale sarebbe, anche se non legata a un individuo fisicamente esistente), bensì un polo antitetico a quanto noi occidentali abbiamo abitualmente inteso per proprietà, uno schema ordinativo della relazione uomo-terra caratterizzato da scelte di fondo del tutto invertite rispetto al filo conduttore apparente della nostra storia. Pensiamo, in questo momento, tanto per restringer lo sguardo alla regione italiana, a quella vasta gamma di assetti

(4) Il riferimento è agli studi innovatori di Henry Sumner MAINE, soprattutto *Ancient Law* (1861), *Village Communities of East and West* (1871), *Lectures on the Early History of Institutions* (1875), *Dissertations on Early Law and Custom* (1883) che apriono — per la risecchita cultura romanistica europea — una finestra sul mondo intero. Di Emile de LAVELEYE deve esser ricordato, pur con tutto il suo bagaglio di difetti metodici che ne particolarizzano il significato, il volume fortunatissimo *De la propriété et de ses formes primitives* (1874).

fondari, oggi prevalentemente ristretti all'arco alpino e alla dorsale appenninica, che trovano una costruzione paradigmatica nelle cosiddette 'proprietà' comuni di consorti coeredi, dove la titolarità non è né del singolo né dell'ente ma della concatenazione incessante delle generazioni dei consorti.

Orbene, questa cosiddetta proprietà collettiva, in ogni sua forma, ha — in mezzo a mille variazioni secondo i luoghi, i tempi e le cause più differenti — una piattaforma comune; ed è quella di essere garanzia di sopravvivenza per i membri di una comunità plurifamiliare, di avere un valore e una funzione essenzialmente alimentari, dove il contenuto fondamentale è un godimento condizionato del bene, con un indiscusso primato dell'oggettivo sul soggettivo: primato dell'ordine fenomenico, che va rispettato ad ogni costo, sull'individuo; dell'ordine comunitario — cristallizzazione della oggettività storica — rispetto all'individuo. Qui non solo la dimensione potestativa è rarefatta al massimo, tant'è che non si incarna mai in uno *jus disponendi*, ma perfino la stessa dimensione appropriativa si stempera fino a vanificarsi. L'appropriazione qui, nel senso tradizionale del termine, cade soltanto indirettamente sul prodotto del fondo che serve per la sopravvivenza quotidiana di un nucleo unifamiliare, ma non investe mai il fondo.

Questa cosiddetta 'proprietà collettiva' è una proprietà? Siamo sicuri di usare legittimamente un simile termine per la sua descrizione? O siamo di fronte a uno schema ordinante che parte da premesse opposte, e pertanto irriducibile anche in una proprietà relativizzata nel più esteso dei plurali? La vecchia civilistica ottocentesca, rapita nella sua estasi individualistica, la contemplò con la stessa sospettosa curiosità con cui un naturalista analizza un mostriciattolo sul suo banco di esperimenti, la bollò come una «anomalia», e ne ebbe ripugnanza⁽⁵⁾; non ripugnanza ma una individualistica intolleranza continuò a circolare nella civilistica del Novecento, su un crinale interpretativo che dal Bonelli arriva diritto a Salvatore Romano, dove, senza preoccuparsi di una

(5) Sia consentito un rinvio a quanto abbiamo avuto occasione di scrivere in 'Un altro modo di possedere — L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria', Milano, 1977, p. 191 ss. (ma particolarmente pp. 196-199).

possibile collocazione in altri universi culturali, si afferma che la cosiddetta proprietà collettiva non realizza uno schema proprietario soltanto per l'incapacità di questi giuristi ad ammettere la mortificazione collettiva del potere dispositivo (6).

Lo storico, che non nutre ripugnanze e che fa invece della comprensione un suo atteggiamento professionale, non si può certo unire al coro dei loici e degli ideologi ma ha il dovere di segnalare che, in questi assetti collettivi, la nozione del 'mio' giuridico viene a tal punto a vanificarsi, da mettere in forse la legittimità di un unico contenitore 'proprietà così largo e slabbrato da arrivare a ricomprenderli. Si continui pure a parlare de 'le proprietà' come convenzione verbale fino a inserire nei suoi confini anche le forme storiche di 'proprietà collettiva', ma si abbia almeno coscienza che entro quei confini non corre un territorio uniforme, anzi sfaccettatissimo ed eterogeneo, e non si commetta l'ingenuità imperdonabile di credere che tutto si esaurisca nell'universo della appartenenza secondo il grande fiume appariscente della ufficialità dominante. Significherebbe soccombere a un condizionamento monoculturale e impoverire le complessità della storia che, oggi più di ieri, non sa rinunciare alla dialettica arricchente fra culture diverse, fra cultura ufficiale e culture sepolte.

La nostra insegna, col suo pressante richiamo al 'proprio', al 'mio', non deve bendare i nostri occhi e farci ritenere esclusivo un paesaggio giuridico per la semplicistica ragione che ci è vicino e familiare. Vivere all'interno dell'universo della appartenenza, com'è nostra sorte, senza aprire ideali finestre sull'esterno, rischia non soltanto di farci considerare unica quella che è semplicemente una soluzione storica dominante, ma di farcela considerare la migliore possibile, con la conseguente condanna di ogni altra soluzione come anomala e deteriore.

3. E si tocca qui un secondo rischio culturale non meno grave per lo storico del diritto.

(6) Di Gustavo BONELLI è esemplare il saggio su *I concetti di comunione e di personalità nella teorica delle società commerciali* (1903). Per Salvatore ROMANO pensiamo alle sue riflessioni *Sulla nozione di proprietà* svolte nella prima assemblea dell'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato di Firenze (1960).

Nessun discorso giuridico è forse tanto intriso di bene e di male, tanto condito da visioni manichee quanto quello che verte sul rapporto uomo-beni. Perché sono così grossi gli interessi in gioco, che inevitabilmente le scelte economico-giuridiche vengono difese dalle corazze non usurabili delle connotazioni etiche e religiose. La soluzione storica tende a diventare ideologia facendo un clamoroso salto di piani, e il modesto istituto giuridico che è conveniente tutelatore di determinati interessi di ceto e di classe, è sottratto alla relatività del divenire e connotato di assolutezza. L'istituto da coagulo sociale rischia sempre di diventare un modello, la rappresentazione della validità suprema, l'apice espressivo d'una ricerca del bene sociale. All'interno dell'universo chiuso dell'appartenenza c'è il pericolo imminente del condizionamento da parte di un archetipo pesantissimo.

Guardiamo per un momento contro luce la nostra insegna. 'La' proprietà e 'le' proprietà: un singolare ed un plurale stranamente accostati, almeno nel linguaggio consueto della scienza giuridica italiana; se non in opposizione, almeno in funzione apertamente dialettica. Un singolare umiliato e depauperato da quel plurale, ma che non scompare in esso; un plurale che acquista il suo significato più pieno solo se raffrontato e riferito a quel singolare. Un istituto insomma di cui si tiene a sottolineare la relatività, ma che è sempre una relatività incompiuta, perché sempre quel plurale è costretto a fare i conti con quel singolare, sempre su *quelle* proprietà grava l'ombra incumbente della proprietà. All'interno dell'universo della appartenenza ha preso forma nel corso dell'età moderna — e si è soprattutto cristallizzato nella riflessione e nella prassi del secolo XIX — un singolare archetipo giuridico, che potremmo qualificare — per ora, per intenderci, salvo poi ritornarvi sopra a precisare meglio — napoleonico-pandettistico, una nozione cioè di proprietà non soltanto risolta nella appropriazione individuale ma in una appropriazione dai contenuti particolarmente potestativi.

Siamo, con questo archetipo — un archetipo che pesa ancora sulle nostre spalle —, al fondo di un ben caratterizzato imbuto storico, né staremo noi a ridire cose arcinote sulla sua formazione. Riandremo mentalmente, per nostra comodità, ai cementi che han fatto d'un istituto il modello compattissimo che sappiamo. Vive nel sociale ma affonda nell'etico, galleggia nel giuridico ma pesca

nell'intrasubbiiettivo grazie all'operazione lucidissima della coscienza borghese che, da Locke in poi, ha fondato ogni *dominium rerum* sul *dominium sui* e ha visto la proprietà delle cose come manifestazione esterna — qualitativamente identica — di quella proprietà intrasubiettiva che ogni io ha di se stesso e dei suoi talenti, proprietà — questa — assoluta perché corrispondente alla naturale vocazione dell'io a conservare e a irrobustire il sé. In altre parole, un mio che, come vedremo dopo, diventa inseparabile dal me e che inevitabilmente si assolutizza.

È l'esito di una visione non armonica del mondo ma squisitamente antropocentrica secondo una ben individuata tradizione culturale che, esasperando l'invito segnato nei testi sacratissimi delle antiche tavole religiose a dominare la terra e a esercitare il dominio sulle cose e sulle creature inferiori, legittimava e sacralizzava l'insensibilità e il dispregio per la realtà non-umana.

Da questi cementi speculativi nasce quella visione individualistica e potestativa di proprietà che siamo soliti chiamare la 'proprietà moderna', un prodotto storico che, per essere divenuto vessillo e conquista d'una classe intelligentissima, è stato intelligentemente camuffato come una verità riscoperta e che quando i giuristi, tardivamente, con le analisi rivoluzionarie e postrivoluzionarie in Francia, con quelle pandettistiche in Germania, traducono con l'ausilio dell'istrumentario tecnico romano le intuizioni filosofico-politiche in regole di diritto e le sistemano, da rispettabile consolidazione storica si è deformato in concetto e valore: non il prodotto d'una realtà mutevole così come si è venuta cristallizzando, ma il canone con cui misurare la mutevolezza della realtà.

Storicizzare l'archetipo è esigenza ovvia ed elementare per lo storico del diritto, e sarebbe cosa assai perversa se questo archetipo da dietro di noi non fosse calato dentro di noi e non fosse diventato una seconda natura. E il rischio è di guardare — inconsciamente più spesso che consciamente, ma sono le motivazioni inconsapevoli quelle culturalmente più preoccupanti — ogni realtà storica con l'unico occhiale che ci portiamo nella tasca, e inevitabilmente di deformarla e sfocarla; rischio che non è smentito ma forse avvalorato dalla nostra insegna congressuale.

Ora, se una mentalità 'proprietaria' può essere congeniale allo storico dell'esperienza giuridica moderna, se questa stessa mentalità

può essere non irrimediabilmente nociva per una indagine sul Rinascimento giuridico che culturalmente trova il suo momento di validità in modelli romanistici di legittimazione, una simile mentalità rischia di costituire un letale trabocchetto per l'indagatore della società e del diritto altomedievali.

E si son dibattuti e si dibattono ben dentro il trabocchetto, senza possibilità di uscirne, quegli storici del diritto che han tentato la ricostruzione delle situazioni reali altomedievali partendo, come può fallacemente sembrar naturale, dal soggetto, dallo schema individualista della proprietà, magari baloccandosi in dotte ricerche di termini come *proprietas* e *dominium* nei più remoti cartolari e nei più oscuri testi di legge, quando l'unico procedimento di pulizia metodologica sarebbe stato quello di sgombrar la mente dalla loro data-tissima forma di approccio mentale, che misura il reale a seconda della sua corrispondenza allo schema della proprietà individuale.

Per l'alto medioevo un simile procedimento ha la stessa sensazione di quel botanico che cerca frutti tropicali nelle campagne mediterranee. L'alto medioevo è una grande civiltà possessoria, dove l'aggettivo possessorio va inteso non in senso romanistico ma nella sua accezione finziana (7) di connotazione di un mondo di fatti né formale né ufficiale, però munito di effettività e di incisività. Senza presenze statuali ingombranti, senza ipoteche culturali, l'officina altomedievale riduce la proprietà a mero segno catastale e costruisce un sistema di situazioni reali fondato non già nel *dominium* e neppure nei *dominia* ma su molteplici posizioni di effettività economica sul bene.

È il regno dell'effettività, mentre scompare il vecchio ideale classico della validità, cioè della corrispondenza a modelli e tipi. Non architetture e forme sapientemente precostituite ma un rampollare disordinato e vivo di situazioni grezze, non filtrate da alcun vaglio culturale, che si impongono in base a fatti primordiali che sono l'apparenza, l'esercizio, il godimento. E, al centro dell'ordinamento e delle sue attenzioni, non più il soggetto con le proprie volizioni e presunzioni, ma la cosa con le sue naturali regole riposte,

(7) Possessorio nella accezione con cui questo aggettivo e il termine possesso vengono usati dal civilista Enrico FINZI nella sua classica trattazione su *Il possesso dei diritti* (1915).

forza impressionante ogni forma giuridica, anzi costitutiva di ogni forma giuridica.

Qui abbiamo invenzioni strabocchevoli di istituti nuovi e anche sistemazioni dell'enorme materiale di nuovo conio, ma mai queste invenzioni e queste sistemazioni sono pensate dal punto di vista della proprietà. Lo schema proprietario come schema interpretativo è sentito assai poco e la proprietà, senza essere smentita, resta una impalcatura inerte sulla quale si innestano con autonomia altre forze, che sono precisamente quelle produttrici dell'ordinamento in crescita. Per lo storico del diritto l'occhiale dell'appartenenza individuale — anche se la pluralizziamo al massimo — può addirittura diventar strumento di incomprensione, perché sono altri i legami fra soggetto e beni che emergono a livello giuridico e con cui si costruiscono quei rapporti che i giuristi chiamano reali, cioè radicati *in re*. Qui il problema centrale non è il vincolo formale ed esclusivo sancito dai libri fondiari, l'appartenenza del bene a qualcuno; è l'effettività sul bene prescindendo dalle sue formalizzazioni. Possiamo anche dire che è il ' possesso ' del bene, se — ripetiamolo, perché l'equivoco sarebbe troppo grosso — intendiam riferirci a una dimensione di fattualità contrapposta a un regno statico di forme ufficiali.

4. Il nostro inventario di rischi culturali per lo storico della proprietà non è ancora terminato. Nei punti precedenti la preoccupazione saliente era costituita dall'impovertimento di chi, plagiato da una cultura dell'appartenenza, o, peggio ancora, plagiato ben spesso da un certo modello individualistico di appartenenza, risolve tutto in una storia di proprietà con una operazione troppo riduttiva del ricco patrimonio storico.

Pericoli non minori lo storico delle forme proprietarie incontra anche all'interno di quelle esperienze che su tali forme si sono strutturate e vi hanno affidato la propria solidità; e sono pericoli di segno opposto ma parimente destoricizzanti.

Troppo spesso l'approccio dello storico del diritto è stato formalistico. In altre parole, ci si è accostati a quel nodo aggrovigliato di motivazioni che è la proprietà con la stessa candida disinvoltura con cui si può analizzare uno dei tanti istituti innocui della vita giuridica, per esempio il contratto di deposito, il patto di

riscatto nella compravendita, l'intervento adesivo nel processo, e via dicendo; come se il discorso si potesse esaurire a livello della grammatica del giurista, della messa in opera del raffinato strumentario tecnico del suo usuale laboratorio. E si è discorso soltanto dell'istituto proprietà; peggio ancora, si è discorso soltanto del termine *dominium/proprietas* separando e isolando con la stessa cura di un istologo.

Che il giurista non deponga mai i suoi occhiali e, per dirla più severamente, il suo statuto epistemologico nemmeno — anzi, tanto meno — di fronte ad affioramenti complessi, plurivocali, pluridimensionali è un'esigenza elementare di identità; ma è inconsapevole bendarsi gli occhi rispetto a tutto il resto quando tutto il resto — forze strutturali, idealità, ideologie, atteggiamenti culturali — preme tanto da plasmare l'istituto giuridico e da fungere quale insopprimibile elemento interpretativo della sua stessa costituzione giuridica.

La proprietà è sicuramente anche un problema tecnico ma non è mai soltanto, nel suo continuo annodarsi con tutto il resto, un problema tecnico: dal di sotto, i grandi assetti delle strutture, dal di sopra, le grandi certezze antropologiche pongono sempre la proprietà al centro d'una società e d'una civiltà. La proprietà non consisterà mai in una regoletta tecnica ma in una risposta all'eterno problema del rapporto fra uomo e cose, della frizione fra mondo dei soggetti e mondo dei fenomeni, e colui che si accinge a ricostruirne la storia, lungi dal cedere a tentazioni isolazionistiche, dovrà, al contrario, tentar di collocarla sempre all'interno di una mentalità e di un sistema fondiario con funzione eminentemente interpretativa.

Mentalità di come interagiscono il soggetto e i fenomeni, mentalità della forza e del ruolo attribuiti all'uno e agli altri nella visione del tutto. Sistema risultante dal complesso delle forme di appartenenza misurate entro il complesso di tutte le forme organizzative del reale economico, che si ridurrà per il medievista a forme organizzative della coltivazione e della produzione agraria, per il modernista anche della strutturazione di elaborate organizzazioni della civiltà mercantile evoluta e della civiltà industriale dove il capitalismo maturo offre, soprattutto in campo societario, vistose e raffinate scissioni fra proprietà e impresa, fra titolarità di un'appartenenza (capitale) e potere di gestione, impegnando il ricercatore in analisi giuridiche che possono essere tecnicamente

puntuali solo in quanto registrino correttamente i complicati assetti economici retrostanti (il pensiero corre, palesemente, al mondo delle società per azioni nelle quali una civiltà capitalistica assai evoluta ha inciso a fondo sui vecchi schemi proprietari con innovazioni profonde sul tessuto economico e sulle forme giuridiche, che hanno sconvolto la statica quiete della proprietà secolare) (8).

Se il formalismo giuridico è un nemico da battere perché il mondo delle proprietà non è mai un mondo di forme risecchite in una tecnica, esiste anche il pericolo di segno opposto che spenge e sfoca la diagnosi giuridica in un economicismo greve per tener dietro a una malintesa sollecitazione di concretezza; e si guarda programmaticamente soltanto ai fatti singoli e, poiché i fatti sono sempre segnati da un loro inevitabile particolarismo, si particularizza lo sguardo fino a perdere la visione dell'insieme e la percezione del tessuto ideale che, in modo altrettanto inevitabile anche se invisibile, lega i fatti e ne consente una comprensione autenticamente storiografica.

Nei lacci di un simile malinteso mi pare che cada un espertissimo conoscitore del medioevo giuridico, Guido Astuti, quando, rallegrandosi, anni fa, per la fresca pubblicazione del cartolario di una grande abbazia benedettina — quella di San Pietro di Perugia — dovizioso di atti privati inerenti alla gestione della ben organizzata azienda monastica, esprime la convinzione che una storia della proprietà fondiaria in Italia potrà dirsi veramente fattibile soltanto quando sarà stata ricostruita la storia di tutte le aziende agrarie, e che pertanto lo storico del diritto è chiamato fino a quel momento a una simile ricostruzione laboriosa, minuta e particolarissima (9).

Non dico che questo non si possa — e, anzi, non si debba — fare; ma sostenere che sia l'unica strada da battere significa cedere alla tentazione grossolanamente positivistica che identifica la proprietà in un meccanismo organizzativo e la riduce a quella che è soltanto una sua proiezione a livello dei beni; che riduce il lavoro

(8) Il pensiero corre a *The Modern Corporation and Private Property* (1932) di BERLE e MEANS, il breviario nordamericano di questo tipo di analisi.

(9) G. ASTUTI, *La struttura della proprietà fondiaria — Aspetti e problemi storico-giuridici*, in *Atti della prima assemblea dell'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato di Firenze* — Firenze 4-8 aprile 1960, Milano, 1962, vol. I, p. 37.

dello storico a un ammasso quantitativo di dati, come se la compiutezza d'una ricostruzione storiografica dipendesse dalla somma di una miriade di indagini particolari.

Ben vengano le indagini storico-economiche e storico-giuridiche sulle singole grandi masse patrimoniali di questo o di quell'ente ecclesiastico (le uniche che riusciamo oggi a documentare, almeno per l'età medievale), e tenga lo storico ben aperte sul suo tavolo di lavoro le pagine di questi benemeriti esploratori, ma sappia che il problema storiografico della proprietà non si risolve con una addizione di tanti approcci atomistici perché questo problema non si esaurisce in una organizzazione delle strutture. Altrimenti, restiamo ancorati alla nozione strutturale di proprietà fondiaria, che è propria della vecchia storiografia ottocentesca franco-germanica di stampo positivistico e di cui una testimonianza tutt'altro che spregevole ma assai caratterizzata sono in Italia le risalenti ricerche di Pier Silverio Leicht ⁽¹⁰⁾.

Non è la somma meccanica delle tessere che ci darà il senso di un mosaico ma la loro fusione in un disegno. Ed è soprattutto sul disegno che si misura l'intuizione dello storico, quel sapere intuitivo che lo separa, per oggettivo e guadagnato privilegio, dalla falange degli eruditi. E se v'è certamente un disegno anche nel particolare, i suoi tratti divengon soprattutto evidenti nelle grandi linee prospettiche. Che non sia questa la strada dei genericismi e dei discorsi a vuoto, basterebbe il grande esempio di Marc Bloch a dimostrarlo, indagatore dagli studi severi, niente affatto seduto su nuvole idealistiche ma bene attaccato al suo scranno d'archivio e di biblioteca, che, per corrispondere pienamente al suo ' *métier d'historien* ', ci ha donato quelle sintesi illuminanti, di cui tutti ci siamo nutriti e che sono validissime, perennemente valide, malgrado il grande volo che esse percorrono (volo fatto talora di coraggio e di provvisorietà) perché sorrette dall'intuizione sovrana che supera il particolare, scava sotto le superfici, ritrova linee e nessi che l'erudito non aveva (né avrà mai) occhi capaci di percepire ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ *Studi sulla proprietà fondiaria nel medioevo* (1903-07).

⁽¹¹⁾ Per quanto attiene alla storia della proprietà fondiaria pensiamo soprattutto a *La société féodale* (1939-40) e a *Les caractères originaux de l'histoire rurale française* (1931).

All'atomismo di quel giurista che ricostruisce con scolastica freddezza l'istituto nella sua aridità e inespressività tecnica e non si pone domande ulteriori e lo separa — devitalizzandolo — dal tutto che gli preme intorno, si contrappone l'atomismo di colui che annulla il giuridico sotto la coltre dei fatti strutturali. E invece, più che per ogni altro assetto del diritto, occorrerebbe al giurista che analizza storicamente le proprietà una duplice coscienza, perché le proprietà non saranno né potranno essere mai creature a una dimensione semplicisticamente inseribili in caselle prefabbricate.

5. Sofferamoci ancora un poco su questo abbraccio delle strutture nel quale, in un passato remoto per entusiasmi positivisti, in un passato prossimo per fregole paleomarxiste, ci siamo interamente gettati.

È stata una sollecitazione che nasceva dall'incubo del formalismo, ed è stato senza dubbio un bagno salutare. Oggi sarebbe però giunto il momento di misurare i facili entusiasmi alla luce di una coscienza epistemologica più complessa. A nostro avviso, il gusto non sempre vigilato e controllato per la storia agraria, per la storia cioè del fatto tecnico ed economico coltivazione-produzione, gusto che ha contrassegnato e forse ancora contrassegna la storiografia europea, ha conferito a questa alcuni grossi pregi ma l'ha anche viziata di un difetto fondamentale di sordità verso valori e forze dissimili; come giuristi, vorremmo poi invitare a una maggior cautela quegli storici del diritto che vi hanno visto la possibilità quasi taumaturgica di rinsanguamenti e anche di rigenerazioni.

Mentre per le età più vicine il salvataggio sta nella enorme ricchezza di un puntuale materiale archivistico, per l'età medievale il panorama è sconcertante. Fatta con animo disponibile la lettura dei tanti volumi di storia agraria dell'alto e tardo medioevo, ne emerge per il povero lettore un quadro abbastanza confuso. Il canone metodico è sempre quello di legare deterministicamente il mutamento sociale, la fioritura, la crisi ai precisi fatti strutturali. Sarà per taluno la sovrappopolazione rispetto alla quantità delle superfici coltivate, per talaltro lo scarso progresso tecnico delle colture, per talaltro ancora la debolezza del modo di produzione feudale; e chi invoca la crisi demografica in seguito a carestie ed epidemie, e chi ama insistere sui movimenti dei prezzi e delle

rendite. Con un risultato spesso assai esile: esplorazioni relative a un ristretto ambiente regionale o addirittura aziendale che subiscono un innalzamento a modello, indagini basate su *fatti* particolari che vengono indebitamente generalizzate; scarsità di dati provenienti da una documentazione inadatta a trarvi statistiche, che è chiamata a sorreggere conclusioni sproporzionate; e sempre dominante l'ingenua illusione positivista della scoperta del meccanismo monocausale da sottolineare nella pagina d'un libro di scienza con la stessa disinvoltura del giornalista in cerca di facile gloria che sbatte sulla prima pagina d'un'effemeride il prefabbricato colpevole da offrire in pasto alla folla. Spesso una fantasmagoria di ipotesi claudicanti ammantata tuttavia dal parossistico richiamo al dato concreto anche se questo è, in mancanza d'altro, lo squarcio di un *chronicon* fantasioso, o un dato grezzamente episodico.

Ebbene — diciamolo con franchezza — lo storico non può non avvertire un senso vivissimo di disagio nel leggere queste palafitticole pagine, che vorrebbero essere storiografiche. E il disagio nasce dal sentirle troppo pervase dal gusto perverso dell'episodico e dal constatare il salto di piano che a quella realtà episodica si fa compiere. Anche a voler positivisticamente (o materialisticamente) mantenere il proprio sguardo al livello delle strutture, si avverte la mancanza di respiro quando si vede la totale assenza di un tentativo che investa i rapporti e il modo di produzione per organizzare la diaspora dei dati entro il suo naturale tessuto di civiltà e per operarne così una comprensione autenticamente storiografica. Si sarebbe poi auspicato un secondo — più arduo, più difficile ma decisivo — tentativo: quello di agganciare l'enorme massa di granelli di polvere al piano delle mentalità e del costume; ma soltanto di rado la storia agraria medievale, sottratta alle mani del tecnologo e consegnata nelle mani d'uno storico di rango, ha avuto una simile buona sorte.

Proprio per queste carenze essa non è in grado di offrire allo storico del diritto quell'ausilio che ci si sarebbe potuto attendere. Certamente, offre sempre una miniera di dati dissepoliti dalle fonti più varie, e dati utili, su cui si fa bene a contare ma su cui si fa altrettanto bene a non affidarsi interamente.

Lo storico del diritto, quando fa la storia delle situazioni reali, non può non restare insoddisfatto di questa loro chiusura nel

grembo di una vicenda di strutture, nel grembo di un paesaggio agrario. Si coglie in tal modo soltanto il lato esterno del suo divenire dove le forme di gestione e di appartenenza sono appunto soprattutto organizzazione fondiaria e dove la dimensione giuridica si stempera in quella economica fino a confondervisi; ma resta in ombra ciò che vorremmo chiamare la storia interna dell'istituto, un terreno che impegna il giurista in prima persona e che non è né artificio né forzatura, bensì una dimensione della storia di sempre, anche se non sempre facilmente percepibile ⁽¹²⁾.

Cerchiamo di spiegarci. Abbandoni e colonizzazioni di terre, crisi produttive, crisi demografiche, alternanze nelle situazioni di forza dei concedenti o dei concessionari sono stati via via identificati come i motivi sotterranei del modificarsi degli assetti proprietari. Né saremmo noi a negarlo. Occorre tuttavia fare un passo innanzi e rendere più complesso e più appagante il panorama storico, che è insofferente di troppo deterministici legami. Il mondo delle situazioni reali, per quel suo schietto esprimere scelte fondamentali del soggetto e della comunità, non può essere ridotto a meccanica conseguenza di certi fatti tecnici, economici o addirittura demografici; chiede, al contrario, di essere inserito, come ora si diceva, in una mentalità, in un costume.

Prendiamo ad esempio il regime medievale delle proprietà, che domina (almeno a livello giuridico) fino al secolo XIX: ebbene, noi siamo convinti che sia senza dubbio frutto d'una domanda delle strutture, ma che abbia acquisito forza, suggestione, capacità incisiva proprio perché espressione fedele d'una mentalità, perché radicato nell'ossatura degli operatori e non scritto superficialmente sulla loro pelle. Ciò soltanto spiega persistenze vigorose anche ben oltre il terreno delle forze economiche e sociali che pure avevano concorso a plasmarlo; o la costanza di certi orientamenti malgrado la varietà e diversità delle aree spaziali. Se in zone intimamente pervase da venature feudali, come la Francia del Centro-Nord e la Germania, la mentalità che vuole premiare le situazioni effettive si incarna nello schema della *tenure* feudale, in Italia la stessa

⁽¹²⁾ Non sarà facile percepire questa dimensione nella prassi altomedievale, per sue carenze culturali portata alla fusione tra fatto e diritto, e dove il diritto più che costruzione formale è mentalità; sarà invece facile in esperienze che, per loro forza speculativa, conferiscono alla riflessione scientifica una posizione dominante.

mentalità produrrà quei frutti singolari che sono l'enfiteusi medievale, la locazione a lungo termine, il livello, assetti giuridici diversissimi ma ricondotti dalla stessa mentalità circolante al denominatore comune di ciò che i giuristi chiamano dominio diviso.

I volumi di storia agraria — quello assai noto e diffuso di Abel⁽¹³⁾, per esempio — sono ridondanti di lunghe esposizioni delle curve delle rendite fondiari e dei prezzi dei prodotti agricoli. Dati certamente non privi di interesse, ma che suscitano una legittima domanda nello storico del diritto: fino a che punto avevano un potere incisivo sulla piattaforma consuetudinaria alla quale erano da secoli saldamente ancorati proprietà, diritti reali, rapporti di concessione fondiaria? La tradizione giuridica e il costume sociale, per essere incrinati nella loro orditura compattissima e nella loro provata impermeabilità, han bisogno che un intero complesso di forze incida continuamente sulla mentalità collettiva.

Paradossalmente — ma con la verità di cui ogni paradosso è portatore — potremmo dire che l'assetto fondiario di un certo momento storico è assai più quello che circola invisibile nell'aria di quel momento, che non quello che risulta iscritto tra i segni sensibili del paesaggio agrario.

6. Un rilevante punto di metodo che emerge è l'esigenza di un ricorso critico al serbatoio della storia agraria. Non creda lo storico del diritto di trovarvi la panacea capace di esaudire le sue aspirazioni. Poiché proprietà è soprattutto mentalità, il cumulo di dati tecnico-agrari può, in determinati contesti, fungere anzi, o per contrasto o per estraneità o per non-coincidenza rispetto a quella, da elemento storiograficamente fuorviante.

A questa prima sacrosanta considerazione dobbiamo però aggiungere subito un'altra, che avvalora e reclama un atteggiamento critico: sotto un altro aspetto il ricorso non vigile alla storia agraria può dimostrarsi fuorviante, ed è che uno sguardo troppo particolarizzato sui dati tecnico-agrari e sul versante esterno (organizzativo-fattuale) della proprietà rischia di far perdere di vista la dimensione giuridica dell'assetto reale.

⁽¹³⁾ Wilhelm ABEL, *Agrarkrisen, und Agrarkonjunktur. Eine Geschichte der Land- und Ernährungswirtschaft Mitteleuropas seit dem hohen Mittelalter* (1935).

Si badi. Non intendiamo riesumare né il cadavere della vecchia *Isolierung* né ricadere nel tranello del formalismo. Vogliamo soltanto rivendicare un'inabdicabile identità allo storico del diritto, al suo mestiere, alla sua conoscenza scientifica; un'identità su cui soltanto si fonda la sua cittadinanza intellettuale e la sua utilità sociale. Egli ha il dovere — l'abbiam detto prima — di non dimenticare che il giuridico è immerso nel sociale, ma ha anche il dovere — di pari intensità — di ricostruire quel giuridico nella sua specificità.

Venendo sul nostro terreno, nozione giuridica di proprietà significa non una nozione generica, bensì specifica, rivolta all'interno di quell'universo specifico che è il diritto. Il quale certamente non è né una nuvola sulla città nè un esercizio retorico dei giuristi; il quale certamente è immagine della società ma della quale non rispecchia alluvionalmente la realtà indistinta e globale, bensì certi valori storicamente consolidati, autonomamente considerati e interpretati alla luce di un alfabeto e di una grammatica che costituiscono una vera e propria rappresentazione tecnica. La proprietà dei giuristi è un *quid* qualitativamente diverso non perché i giuristi lo pensano diverso ma perché colgono del nodo avviluppato e complicato della proprietà solo certi aspetti e non altri; la proprietà dei giuristi è soprattutto potere *sulla* cosa, mentre la proprietà degli economisti è soprattutto ricchezza, rendita *dalla* cosa. E quando si mescolano indebitamente, senza cautele, senza rispetto per le individualità oggettive dell'una e dell'altra, i due profili, ne scaturisce un discorso oscuro ed equivoco, che sul piano scientifico non giova proprio a nessuno.

Ecco la pagina d'uno storico dell'economia che, con qualche inconsapevolezza, maneggia la grammatica dei giuristi: «parlando di proprietà privata, intendiamo tenere presente più l'aspetto economico che quello strettamente giuridico; riteniamo cioè di poter definire come proprietà tutte le forme di possesso pieno ed esclusivo della terra, anche se quest'ultima è gravata da vincoli ed oneri, che, a rigore, dovrebbero rendere impossibile la trasformazione del semplice possesso in un vero e pieno rapporto giuridico di proprietà» (14). Frase priva di rigore nel momento in cui mescola

(14) F. CAZZOLA, *La proprietà terriera nel Polesine di S. Giorgio di Ferrara nel secolo XVI*, Milano, 1970, p. 6.

indebitamente nozione economica e nozione giuridica, quando presume di fissare linee definitorie desunte da questa più che da quella, e che è degna d'un sol commento da parte di un giurista: maneggiar validamente una grammatica consiste nel conoscerne le regole e nell'applicarle e non nel ripetere termini e nozioni a vuoto o a sproposito. La dimensione giuridica non è né esoterica né riservata, ma, presupponendo un secolare statuto epistemologico, esige nelle mani dell'operatore quell'istrumentario, appunto definitorio, approntato da una tradizione scientifica consolidata.

Senza dimenticare tutto il resto, occorre fondare e centrare il discorso storico-giuridico su un osservatorio autonomo che esalti questa grammatica e soprattutto su quelle fonti che siano in grado di esprimere compiutamente il particolare approccio conoscitivo della realtà e di essa costruttivo che è il diritto. Su ciò torneremo fra breve, quando riprenderemo anche il tema della proprietà come mentalità, ma non vogliamo ora esimerci da un accenno fugace che può fungere da illuminante corollario e postilla a tutto quanto si è detto in tema di storia agraria.

Abbiamo espresso diffidenza sulle statistiche e sulle curve che essa ci porge, e abbiám cercato di motivare questa diffidenza. Varrà da motivazione ulteriore e concreta qualche considerazione su una fonte tipica della storia agraria, la quale per incarnarsi in strumenti giuridici potrebbe sembrare adeguata ai bisogni dello storico del diritto. Intendiam riferirci ai catasti. Il riferimento è tanto più necessario giacché si tratta di fonti che hanno avuto e hanno una cospicua valorizzazione da parte della storiografia economica (in modo particolare dalla scuola bolognese), e hanno recentemente suscitato un generale interesse e una diligente attenzione.

Come complesso di operazioni mirante all'accertamento della consistenza e rendita dei beni, nonché dell'effettivo percepimento di questa, ai fini dell'imposizione di tributi da parte dei pubblici poteri, il catasto è formalmente un procedimento giuridico ma con finalità e contenuti esclusivamente economici. È ovvio che vi si parli di proprietà e di proprietari, l'una e gli altri tuttavia pensati e collocati nella sfera dei rapporti economici non come nomenclatura precisa e rigorosa conseguente a qualità giuridicamente rilevanti ma come contrassegno d'una sostanza economica da colpire tributariamente; per cui proprietà arriva ad identificarsi con una nozione

concettualmente generica anche se economicamente corposa di detenzione della ricchezza fondiaria e percezione della rendita, una nozione che non ha nulla a che spartire con il potere costruito dai giuristi quale cardine dell'ordine giuridico.

E come fonte generica i catasti rivelano la loro inadeguatezza per lo storico del diritto. Quando Porisini ci informa che nel catasto ravennate del secolo XVI non si fanno distinzioni fra proprietà e diritti reali limitati ⁽¹⁵⁾, deve ciò essere interpretato come una tendenza ad assimilare le due fasce di situazioni giuridiche, o è più semplicemente una confusione dell'ufficiale accatastatore che, inconsapevolmente ma anche legittimamente almeno dal suo punto di vista, ha fatto d'ogni erba un fascio? Quando Imberciadori, a proposito del catasto senese del 1316, ci riferisce che la dizione usuale è «habet possessionem» ⁽¹⁶⁾, o quando Anselmi per il catasto roveresco del tardo Quattrocento ci segnala che «qui la proprietà è definita catastalmente con la dizione ' ha terra '» ⁽¹⁷⁾, qual'è il volto giuridico da dare a queste vaghissime figure?

Si dovrà dire soltanto che hanno volto economico ma non giuridico, nel senso che si tratta di figure pensate e risolte al di là di ogni grammatica giuridica sia pure elementare. L'economista, che pur qualifica le fonti catastali come «uno strumento ricco e infido» ⁽¹⁸⁾, può contentarsi di conoscere l'ammontare della rendita dominicale e chi effettivamente la percepisce, e, se da parte di qualche personalità sensibile si insiste sulla necessità metodica «di mettere bene in chiaro cosa è la proprietà e cosa significa disporre» ⁽¹⁹⁾, è però del tutto comprensibile che egli definisca come soddisfacente «ai fini della conoscenza economica» la generale intestazione dei beni «al possessore reale: pieno proprietario o

⁽¹⁵⁾ G. PORISINI, *La proprietà terriera nel Comune di Ravenna dalla metà del secolo XVI ai giorni nostri*, Milano, 1963, p. 12, n. 12.

⁽¹⁶⁾ I. IMBERCIADORI, *Il catasto senese del 1316*, in *Archivio ' Vittorio Scialoja '*, VI (1939), p. 154.

⁽¹⁷⁾ S. ANSELMI, *Insedimenti, agricoltura, proprietà nel ducato roveresco: la catastrazione del 1489-1490*, in *Quaderni storici*, 28 (1975), p. 79, n. 133.

⁽¹⁸⁾ R. ZANGHERI, *Catasti e storia della proprietà terriera*, Torino, 1980, p. VII.

⁽¹⁹⁾ M. BERENGO, *A proposito di proprietà fondiaria*, in *Rivista storica italiana*, LXXXII (1970), p. 21 ss..

enfiteuta, usufruttuario ecc.»⁽²⁰⁾, dal momento che quel che gli preme è «identificare non tanto la figura giuridica del proprietario, bensì la persona o l'aggregato di persone che percepisce la rendita dominicale».

Questa identificazione mancata — perché irrilevante e quindi né voluta né cercata dall'ufficiale accatastatore — preme invece al giurista, di fronte al quale le fonti catastali appaiono come descrizione troppo spesso grossolana e confusa. Puntualizzano bene ciò che importa dal punto di vista estimativo, e cioè il reddito realmente percepito e la condizione di godibilità del bene, ma la descrizione del grado di appartenenza è sommaria (*ha, habet*), e il giurista torna a domandarsi all'infinito, senza averne risposta, se si tratta di proprietario pieno o di utilista, di usufruttuario od enfiteuta, locatario a lungo termine o livellario: né si tratta di decorazioni nominali ma di situazioni diverse da cui discendono e a cui sono connesse conseguenze giuridiche diverse. Il giurista, se vuol corrispondere in pieno al suo mestiere, deve spingersi molto più in là e più addentro

7. Fare delle proprietà un elemento del paesaggio storico grazie agli strumenti della storia agraria è dunque meritorio purché si eviti il rischio di disperdere nella varietà del paesaggio la limpidezza della dimensione giuridica, che non è né forzatura né invenzione ma una realtà ontica da individuare e mettere in evidenza. Aggiungiamo anche, insistendo su temi già accennati, purché tra i mille fatti che compongono quel paesaggio non si perda di vista il reticolato di linee portanti, che non è tangibile, che corre anzi sotterraneo o circola invisibile nell'aria, ma che, non per questo, è meno presente e incombente come forza di un certo clima storico.

La proprietà, le proprietà — abbiám detto sopra e ripetiamo ora come dignità rispettabile — prima di essere paesaggio sono mentalità. L'ipotesi di lavoro è tanto difficile quanto suggestiva ma è forse il sentiero sicuro da percorrere da parte dello storico del diritto.

⁽²⁰⁾ R. ZANGHERI, *La proprietà terriera e le origini del Risorgimento nel Bolognese. I. 1789-1804*, Bologna, 1961, p. 80.

Se la mentalità è quel complesso di valori circolanti in un'area spaziale e temporale capace per la sua vitalità di superare la diaspora di fatti ed episodi sparsi e di costituire il tessuto connettivo nascosto e costante di quell'area, ed è pertanto da cogliersi come realtà unitiva, il suo terreno è senz'altro congeniale e familiare al giurista, un intellettuale dominato per sua natura (perché fa sempre i conti con il livello dei valori) da una intima tensione alla sincronia e al sistema, cioè alla unificazione organica dei dati. Con sguardo prevalentemente sincronico giacché i valori tendono a permeare la globalità dell'esperienza, con atteggiamento prevalentemente sistematico giacché i valori tendono a permanere e a cristallizzarsi, il giurista si sente a suo agio — quasi, si direbbe, a casa propria — sul terreno delle mentalità; è qui che il giuridico ha le sue radici. Considerazione che, qualche mese addietro, in un convegno internazionale sui rapporti fra storia sociale e dimensione giuridica, ci portava a sottolineare intensamente (acciocchè gli orecchi degli amici della *nouvelle histoire* intendessero) una possibile percezione del diritto e dell'istituto giuridico come mentalità, fedelmente espressivi d'una mentalità ⁽²¹⁾.

Si aggiunga una precisazione che concerne la proprietà: in essa, forse più che in ogni altro istituto del diritto, si esalta e si esaspera quanto si sta dicendo ora del giuridico, perché essa, rompendo la trama superficiale delle forme, si lega necessariamente — per un verso — a una antropologia, a una visione dell'uomo nel mondo, — per un altro —, in grazia del suo vincolo strettissimo con interessi vitali di singoli e di classi, a una ideologia. La proprietà è, per queste insopprimibili radici, più di ogni altro istituto, mentalità, anzi mentalità profonda. Lo storico, abituato alla corsa incessante del sociale, nel campo dei rapporti di appartenenza e reali è costretto a un rilievo obbiettivo: mutano i paesaggi agrari, passano gli assetti sociali ma la stessa mentalità talvolta persiste; talvolta,

(21) Ci riferiamo al convegno su ' Storia sociale e dimensione giuridica ', tenuto a Firenze il 26-27 aprile 1985, nel quale toccò allo scrivente di leggere l'introduzione generale ai lavori e a Jacques Le Goff, Cinzio Violante e Mario Sbriccoli le relazioni fondamentali. Gli ' Atti ' sono ora in corso di pubblicazione presso l'editore Giuffrè di Milano come ventiduesimo volume della Biblioteca ' Per la storia del pensiero giuridico moderno '.

spesso, v'è una sua permanenza anche oltre quelli che potevano sembrare a un occhio non penetrante i termini naturali del suo campo d'azione.

Se per esperienza giuridica intendiamo dietro al filosofo (22) un modo armonico ed omogeneo di sentire, concepire, vivere il diritto, si potrebbe con sicurezza pensare a una proprietà specchio dell'esperienza e naturalmente rinchiusa nella nicchia conveniente da questa rappresentata. Ma chi ragionasse in questa guisa sensatissima dimostrerebbe di non tener conto della realtà sommersa delle mentalità dove ragionevole e irrazionale, consapevole e inconscio, si compenetrano vicendevolmente.

L'idea paradossale e, a prima vista, sconcertante di una storia immobile, che constatiamo enunciata e sostenuta con vigore e convinzione in seno alla più recente e provveduta riflessione storiografica (23), non stupisce lo storico del diritto. E non tanto, come direbbe uno dei troppo facili detrattori che si annidano nel gregge dei non-giuristi, perché lo storico-giurista è ricostruttore di forme sclerotizzate e di ufficialità rigide, quanto perché egli deve quotidianamente fare i conti con le mentalità, perché il diritto è fisiologicamente una mentalità affondata nella coscienza sociale.

Il generico storico della cultura e della società non dovrebbe perdere l'occasione per una riflessione realistica: che, nell'universo giuridico, le forme sono spesso soltanto le punte emergenti di un gigantesco edificio sommerso, un edificio costruito su valori e che a quei valori chiede innanzi tutto il suo esser diritto, regola osservata e rispettata perché aderente alle scaturigini più vive d'un costume, di credenze religiose, di certezze sociali. Solo tutto questo può spiegare il cospicuo ritardo della costruzione giuridica d'una nuova proprietà, per la quale occorre attendere il secolo decimonono, e, ancora in questo maturo scorcio dell'età moderna, portando con sé ambivalenze, contraddizioni, incertezze. I valori sono,

(22) Soltanto per l'eventuale lettore non-giurista precisiamo qui che il riferimento è a Giuseppe Capograssi, uno dei protagonisti della filosofia giuridica italiana del Novecento, da noi già menzionato alla nota 3.

(23) *L'histoire immobile* è il titolo della lezione inaugurale di Emmanuel LE ROY LADURIE tenuta il 30 novembre 1973 al Collège de France. Le Roy Ladurie riferisce l'espressione a un contesto ben diverso dal nostro, cogliendo altre immobilità. L'istanza metodica di revisione di vecchi luoghi comuni è tuttavia consonante.

certo, storicamente variabili, ma la loro è variazione lenta, faticosa, non indolore; e il loro prodotto — una certa invenzione giuridica dell'appartenenza, nel nostro caso il sistema medievale delle proprietà — continua a vivere quasi oltre la sua vita naturale; serpeggiando fra le strutture e arrivando perfino a condizionarne il divenire, ma soprattutto annidandosi nelle coscienze.

Se così è, se proprietà è soprattutto una certa mentalità proprietaria, se — più in generale — il mondo delle situazioni reali è speculare di radicazioni che vanno ben oltre il giuridico, addirittura nella zona insondabile del preconsciouso; se così è, è ovvio che si ponga per lo storico del diritto, uomo dalla doppia coscienza, una duplice esigenza per quanto attiene alle sue fonti. Esse dovranno dilatarsi fino a consentire la storicizzazione dei dati giuridici, ma dovranno sempre verificarsi e mettersi a fuoco sul terreno — che sembra più angusto ma che è soltanto più riposato e decantato — delle scelte tecniche. Fra queste due tensioni, che corrono talvolta in senso contrario e che sono, comunque, culturalmente assai diversificate, sta il povero operatore incurvato sotto il peso di un fardello troppo grosso per le sue spalle.

Come potrebbe lo storico delle scaturigini di una proprietà moderna, esplorando fra medioevo ed età nuova, fare a meno delle analisi di quel provvedutissimo antropologo di ieri che è il teologo? La teologia volontaristica del Trecento e del Quattrocento, prima, la Seconda Scolastica spagnola, poi, gli offriranno preziosi elementi per seguire il nascosto filo d'Arianna che dalle vecchie proprietà giuridiche conduce invisibile ma sicuro alla nuova proprietà delle carte costituzionali settecentesche e dei codici ottocenteschi. E come, ugualmente, potrebbe lo stesso storico seguire più tardi lo stesso filo segreto se non approfondisse e facesse sue le intuizioni e le diagnosi della filosofia politica anglo-francese? Sarà l'individualismo possessivo sei-settecentesco sommariamente identificabile nelle punte emergenti di Locke e dei Fisiocratici che, raccogliendo le critiche erosive di precedenti filoni teologici, interpretando il senso dei rivolgimenti culturali e facendo suo il disegno progettuale di ceti emergenti, costruirà lentamente un nuovo modello antropologico del rapporto soggetto-fenomeni, uomo-beni, l'unico che, agendo a livello di mentalità, potrà permettere di dissolvere e cacciare dal fondo delle coscienze il nodo gordiano della mentalità

precedente facendo affiorare, alla fine, una costruzione giuridica rinnovata.

La gamma delle fonti non può che esser larga e varia per tener dietro a questa legittima ansia di comprensione che è al cuore del mestiere di storico, e in essa troveranno senz'altro posto anche i dati offerti dalla storia agraria e catastale verso i quali abbiamo pur frenato l'incontrollato entusiasmo del giurista e i quali non saranno in grado per la loro natura di offrire che un contributo relativo per una ricostruzione secondo l'ottica proposta.

Ma, allora, ci poniamo forse in contraddizione con le nostre conclusioni precedenti? Non ci sembra, perché è chiaro che il lavoro dello storico del diritto, nel momento in cui guarda a fatti economici, riflessioni teologiche, analisi politologiche è soltanto a un primo stadio della propria ricerca, essenziale ma preparatorio. Dal viluppo delle mentalità è quella giuridica che egli vuole evocare, ed è a una proprietà come costruzione giuridica che vuole arrivare nel suo itinerario di comprensione. Tutto dovrà essere verificato su quel terreno specifico delle architetture tecniche cui ci si richiamava poco fa e su fonti capaci di mostrare con nitidezza le linee di simili architetture.

Quindi, non un isolamento di fonti giuridiche quasi che solo in esse si condensasse l'universo dello storico del diritto, ma un approdo inevitabile ad esse come momento di verifica e di identificazione del proprio oggetto conoscitivo e del proprio meccanismo di conoscenza. A seconda delle diverse società e civiltà storiche saranno maggiormente utilizzabili ora atti legislativi, ora rogiti notarili, ora atti giudiziari, ora riflessioni dottrinali. Se l'interprete dell'alto medioevo, di fronte al risecchimento della riflessione giuridica, si rifugerà soprattutto nella ricca e illuminante prassi documentale e giudiziaria, l'indagatore del Rinascimento giuridico collocherà nella *scientia iuris* il centro dei suoi interessi. Sempre farà tuttavia bene lo storico a non isolare questa o quella fonte, nel tentativo di ottenere da un messaggio corale la voce stessa dell'esperienza nella sua globalità.

Pur con queste elementari cautele di metodo, pur in questo spirito tendenzialmente onnicomprensivo, a fonte principe per ricostruire una mentalità giuridica assurge però la scienza; in guisa ridotta nello Stato di diritto moderno dove essa è stata espropriata

dell'ufficio di produrre — o di concorrere a produrre — la *regula iuris*, in guisa piena negli ordinamenti non legalistici dove al ceto dei giuristi è consegnato l'onere e il privilegio della produzione e dell'adeguamento. Sempre, tuttavia, la scienza è, in quanto coscienza riflessa, speculare delle mentalità circolanti.

Non vorremmo pertanto che le diffidenze, emerse recentissimamente in autorevoli testimonianze della storiografia giuridica italiana preoccupate per gli esiti talora non felici degli ultimi rigurgiti idealistici, si mutassero in un atteggiamento scettico verso la capacità dell'analisi scientifica di essere espressiva dell'esperienza nella sua vivacità, giacché «la multiforme vita del diritto» non può che sfuggire ed essere anzi estranea alle «astratte architetture teoriche inventate dai giureconsulti» (24).

Che la dottrina abbia talora peccato di astrattezza, di sterilità, di distacco dalla società e dalla cultura è un fatto non smentibile, ma non dobbiamo arrestarci agli aspetti patologici per condannare genericamente e ingiustamente la dimensione più puntuale del diritto nel suo farsi storia. Ricordiamoci che la scienza unisce per lo storico delle proprietà due aspetti estremamente positivi: è disvelatrice di tutta l'avventura tecnica della costruzione giuridica, che nelle trame della analisi scientifica si disnoda e si compie con pienezza; è disvelatrice con particolare sonorità, entro l'orditura del discorso tecnico, di precise scelte ideologiche.

L'essenziale è che lo storico rifugga dalla opinione singola, sia vigile nel chiedere alla dottrina di essere voce di un ceto, ami distendersi nelle realtà corali dove si riduce o si estingue il rischio di astrattezza e di isolamento. In questo caso, il discorso più arroccato nella tecnica apparentemente più arida è in qualche modo connesso, immediatamente o mediatamente, con le grandi istanze della società, per affermarle o per negarle, per riceverle o per contrastarle; e sempre la tecnica è filtro e protezione, scrittura a due

(24) Così ENNIO CORTESE, *Nel ricordo di Antonio Era. Una proposta per la datazione della 'Carta de logu' d'Arborea*, in *Quaderni sardi di storia*, 3 (luglio 1981 — giugno 1983), p. 25. Dello stesso Autore si veda anche *Storia del diritto italiano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, p. 821. Cfr. anche U. NICOLINI, *Per una maggiore concretezza negli studi storico-giuridici*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, III, Milano, 1963, p. 22 ss..

inchiostri, uno dei quali — quello ideologico — può esser letto con difficoltà soltanto dalla bravura dell'osservatore che dà spessore a quanto sembra piatto a una prima scorsa frettolosa. Se la pagina tecnica dello scienziato è letta controluce, sia per il suo contributo conoscitivo, sia anche per quello meta-conoscitivo; se è inserita in un tessuto corale, essa è la fonte primaria dalla quale lo storico del diritto deve almeno partire.

Tutto questo si esalta al massimo grado nella grande riflessione dottrinale in cui si incarna il diritto comune classico, dai Glossatori al tardo Commento, dal secolo undicesimo al Cinquecento; per due elementati motivi: perché è scienza prodotta al centro della città terrena, in essa bene inserita, impegnata com'è nella costruzione delle architetture giuridiche della società e a questo espressamente vocata; perché, se per formalismo intendiamo la creazione di un castello di forme intellettualmente probanti e suadenti ma privo di un riscontro nella efficacia delle forze storiche, è questa una dottrina non ancora catturata dalle lusinghe del formalismo. O, se v'è anche in essa la tentazione perenne della costruzione d'una dogmatica pura, è sempre superata perché sempre intrisa da un forte spirito realista, da quella salutare esigenza di verifica con la realtà che è stata la valvola di salvezza di molte avventure dei giuristi nella storia. Il problema della vigenza delle fonti romane e le soluzioni dai dottori inventate nella crisi dell'approccio fra quelle fonti remote e la realtà quotidiana medievale e protomoderna stanno a dimostrarlo. Dimostrano che essi non sono personaggi liberi da condizionamenti formalistici ma hanno risorse di spregiudicatezza, di fantasia, di consapevolezza storica tali da superarli, o almeno da mitridatizzarli costituendo cordoni ombelicali non recidibili con la realtà effettiva.

8. Con il piccolo bagaglio di cose utili raggranellato nelle pagine precedenti possiamo spingerci a tentar di seguire la linea d'uno svolgimento e a tracciare sommariamente l'itinerario, con almeno un granello di metodica provvedutezza da portar sempre nel cavo della nostra mano: che la storia della appartenenza e dei rapporti giuridici sulle cose è necessariamente segnata da una profonda discontinuità; necessariamente, giacché proprietà è soprattutto mentalità. Ossia non si riduce mai a una pura forma e a

un puro concetto ma è sempre un assetto sostanziale, un nodo di convinzioni, sentimenti, certezze speculative, interessi grezzi, tanto che sarebbe avventatissimo — e addirittura risibile — chi tentasse di inseguire, in questo terreno, una storia di termini, di parole.

«Propriété, propriétaire: que voilà appliqués au Moyen Age des mots lourds d'équivoques», ci ha ammonito Bloch in anni ormai lontani ma con un ammonimento da raccogliere e far nostro anche oggi come avvertenza generale che travalica i confini della complessa realtà medievale (25). Chi volesse affidarsi alle parole — e c'è pur stato — verrebbe a collezionare insensatamente degli involucri vuoti che la storia si è premurata per conto suo di riempire dei contenuti più vari senza preoccuparsi di continuità verbali. Per lo storico l'essenziale è non lasciarsi irretire da identità formali ingannevoli, arrivando con sicurezza ai concreti assetti giuridici che costituiscono la differenziata risposta degli ordinamenti storici sul problema dei rapporti reali. Tante 'proprietà' — per così dire — quante sono le esperienze giuridiche succedutesi nel tempo. E qui cade acconcia una ulteriore precisazione, che è connessa al nostro attuale discorso.

Se illusoria è la ricerca d'un termine quasi che avesse la virtù evocativa (che non ha), non meno illusoria — e più subdola, e strisciante — è una mera continuità di forme. Da un punto di vista sociale la storia dell'Occidente europeo non ha mai rovesciato il caposaldo della proprietà individuale; lo stesso alto medioevo, pur con un dilatarsi di forme gestionali collettive e individuali non-proprietarie, ha mantenuto un'idea formale di proprietà individuale come momento legittimante dell'appartenenza. E si può, in teoria, lecitamente pensare alla continuità nella intestazione formale di un latifondo dall'età classica per tutta l'età barbarica fino al Rinascimento del secolo dodicesimo.

È questa una continuità appagante per lo storico del diritto? E si appagherà, in particolare, lo storico della 'proprietà' di ridurre il suo oggetto storiografico a quello di un segno catastale? O non dovrà ampliare il proprio sguardo per vedere se, per caso, accanto a una proprietà formale sempre più devitalizzata ed esautorata non

(25) M. BLOCH, *Village et seigneurie: quelques observations de méthode à propos d'une étude sur la Bourgogne*, in *Annales d'histoire économique et sociale*, IX (1937), p. 497.

emergano delle sostanze para-proprietarie munite d'una vistosa effettività? Per la individuazione della 'proprietà' il segno catastale è soltanto un fatto presuntivo. Proprietà è infatti, in ogni caso, potere sulla cosa, e potremmo tranquillamente definirla come la situazione di potere diretta e immediata sul bene tutelata dall'ordinamento nella maniera più intensa. A quale situazione l'ordinamento altomedievale concederà la propria attenzione e, di conseguenza, la tutela più intensa? Alla proprietà-segno, o al complesso di situazioni di effettività sul bene (le si chiamino pure *gewere*, o *vestitura*), nelle quali è condensata una vasta gamma di poteri?

Non v'è dubbio che l'ordinamento opta per le seconde, e con questa opzione soffre d'una contraddizione insanabile: nella separazione (che è anche opposizione) tra forma ufficiale e sostanza effettuale, tutela come proprietari assetti che non sono formalmente tali rispettando la loro funzione di protagonisti della vita economica. La risposta giuridica dell'ordinamento altomedievale è in questo spostamento dell'attenzione e della tutela, ed è qui la sua voce significativa per lo storico dei rapporti reali e anche dello stesso rapporto di appartenenza: quella tutela, dapprima informale e fattuale, è il primo passo che si innesta su un itinerario che sboccherà successivamente nel conferimento d'una dignità formalmente proprietaria alle sostanze economico-giuridiche già percepite come proprietarie.

Probabilmente aveva, ancora una volta, ragione l'ingegno acutissimo di Bloch, un non-giurista intriso di senso giuridico, quando confessava in una delle tante scintillanti recensioni disseminate nei primi volumi delle sue 'Annales': «je n'aime guère appliqué au moyen âge le mot 'propriété'»⁽²⁶⁾. Aveva ragione di non amare questa indicazione equivoca perché causa di possibili disorientamenti e perché inadatta a descrivere un troppo dissimile materiale storico. Tuttavia, come noi, anche Bloch, nei suoi lavori medievistici, finiva per parlare di 'proprietà', sia pure come riferimento convenzionale, come un modo perché tutti potessero intendere che il problema in questione era quello della realtà massima, quello che oggi noi identifichiamo appunto come 'proprietà'. Per continuare

(26) La frase è contenuta in una breve recensione a un volume di storia delle istituzioni monastiche (cfr. *Annales d'histoire économique et sociale*, VIII (1936), p. 501.

nell'uso strumentale di questo schema mentale, lo storico della 'proprietà' — che deve sempre essere storico almeno de 'proprietà' —, rifiutandosi di isolare il rapporto formalmente proprietario, allargando, come più sopra si diceva, la propria analisi a tutto il sistema fondiario, costruirà, dovrà costruire la storia della 'proprietà' nel medioevo incentrando l'indagine su un cumulo di oggetti che un formalista miopemente escluderebbe. Ma il formalista rischierebbe di segnare solo una genealogia ininterrotta di intestatari del bene, e gli sarebbe preclusa la storia dei poteri più intensi su quello stesso bene, che è quanto noi giuristi convenzionalmente intendiamo per storia proprietaria.

Sbarazzarsi di ogni approccio formalistico, sbarazzarsi dell'ingombro fuorviante della continuità può essere l'unica operazione di pulizia intellettuale per cogliere e seguire il formarsi, sul tronco dei fatti economico-sociali, della nuova esperienza giuridica. Qui, rispetto della discontinuità vuol dire rispetto della originalità dei fatti storici.

Storia discontinua, dunque, da concepirsi segnata da differenti universi profondamente caratterizzati e marcatamente confinati, tenendo però presente l'avvertenza che questi confini, essendo i confini fra due mentalità, serbano dei territori in cui le tracce del passato permangono e continuano anzi a informare le coscienze facendo del nuovo universo una realtà *in limine* contraddittoria, portatrice di valenze di segno opposto. Sono radici lente ad estinguersi che nulla hanno a vedere con un problema di continuità: in una sequela di esperienze discontinue, vi sono dei ristagni, delle immobilità; il vecchio continua a procedere quasi per inerzia a livello di mentalità — storia immobile dicevamo — anche se il clima storico non è più in grado di nutrire quei valori giuridici, inappellabilmente condannati a morte. Questo spiega, come abbiamo già riconosciuto, perché il compiutamente 'moderno' della proprietà si concreti soltanto nel tardo secolo decimonono quando ormai l'esperienza storica e giuridica del medioevo sembra da qualche secolo una esistenza trascorsa: perché soltanto allora la cultura giuridica ha le forze consapevoli e inconsapevoli di scrollarsi di dosso una mentalità anche se sepolta.

9. Il tratto dell'assetto giuridico dei rapporti reali che convenzionalmente potremmo chiamare medievale viene a delinearci

con nitidità quando, nel crollo del vecchio edificio statale romano e della cultura giuridica che gli era simbioticamente connessa, nello sfacelo sociale, nella crisi della produzione economica, nel rattrappirsi del commercio, nello svuotarsi delle città; quando, in questo vuoto che la nascente civiltà tarda a colmare, si inverte il rapporto uomo-natura e nuovi valori fondanti cominciano a impressionare di sé il mondo giuridico.

Le cose, prima conculcate dalla volontà dominativa del soggetto, si ingigantiscono e diventano gli elementi essenziali di un paesaggio che reca sempre minori tracce dell'azione umana; cose inaccessibili nelle loro enormi proporzioni ma da rispettare a ogni costo perché condizioni elementari di sopravvivenza in un mondo dove la sopravvivenza è il duro problema d'ogni giorno. Il soggetto, sfornito di volontà incisiva, rannicchiato all'interno della realtà cosmica come tessera d'un grande mosaico, sepolto entro il guscio protettivo di soffocanti assetti micro-comunitari, depone ogni velleità imperiosa e subisce il complesso di forze che dall'esterno si proiettano su di lui.

Forze e regole primordiali scritte sulle cose stesse saranno il canone costruttivo della nuova civiltà all'insegna d'una umiltà totale. L'ordinamento si esempla sulle cose, si costruisce dal punto di vista delle cose, e nel cuore di esse si sposta il momento vitale. Il giuridico non è più l'insieme di forme sopraordinate secondo un disegno di sovranità, ma il complesso di modesti vestimenti contrassegnati da una assoluta aderenza plastica alla realtà oggettiva, forme incapaci di separarsi dalle strutture, anzi nella più prona disponibilità a subirle.

È una civiltà del diritto senza precisi modelli culturali, dove il territorio del giuridico — lungi dall'essere un'architettura dalle linee nette e rigorose — si mescola senza confinazioni precise col fattuale e ne è intriso. Né sarà più, come nell'età classica, la dimensione della validità, cioè la corrispondenza a un archetipo, a misurare la giuridicità di un dato ma piuttosto la sua effettività, cioè la sua intrinseca capacità a incidere sulla realtà prescindendo da misurazioni con modelli ideali e culturali.

Nello sfondo di questo primato dell'oggettivo e dell'effettivo che sempre più si afferma e si consolida, è il trionfo e l'imperio delle situazioni legate all'effettività. Mentre le titolarità astratte subi-

scono svilimenti ed emarginazione, ogni esercizio sulla cosa — purché dotato di un minimo di autonomia, purché sia cioè una situazione dotata di una corposa effettività — trova qui la sua rivalutazione. Anzi, ogni esercizio nel suo distendersi nel tempo si carica di una forza tale da consentirgli una netta incidenza a livello del diritto fino a quel territorio geloso del giuridico che è la realtà: ogni esercizio, quasi come espressione delle più riposte esigenze economiche della cosa, tende a metter radici, a compenetrarsi con quella in una sola realtà vitale. Dal punto di vista giuridico, tende a lasciare la sfera dei rapporti relativi e a 'realizzarsi'. L'esercizio di poteri sulla cosa, da espropriazione sostanziale di quei poteri, lo diventa anche formalmente, e il discrimine fra esercizio e titolarità si offusca, mentre l'ordinamento offre al soggetto esercente, in nome di superiori esigenze oggettive, l'investitura stessa della giuridicità.

Il sistema delle situazioni reali che si adagia e si modella su questa mentalità e su queste forze strutturali (o che, per dirla in modo storicamente più pregnante, da esse è preteso e provocato) non può non recare in sé dei tratti peculiarissimi affermando la sua congiunzione a un pianeta ben diverso da quello classico. Non un edificio piramidale, monolitico, che trova la sua punta sostanziale e formale in quel modello di validità che è il *dominium* (nel quale, in fondo, si risolve), ma un coacervo alluvionale di situazioni emergenti, non filtrate e non modellate attraverso nessun setaccio ufficiale, slabbratamente pluralistico, in cui ciò che conta — più della titolarità proprietaria, che sussiste ma che è sepolta e soffocata — sono i mille esercizi effettivi ormai definitivamente realizzati nella comune coscienza e diventati socialmente ed economicamente i protagonisti dell'esperienza (27).

Il baricentro del sistema — se sistema può esser qualificata una realtà alluvionale — si sposta necessariamente a forme diverse dalla proprietà. Che le si chiamino *gewere* o *saisine* o *vestitura* a seconda delle differenti lingue e culture, una è la piattaforma costante e unitaria che emerge, e una è l'idea essenziale che affiora costante-

(27) Abbiám tentato di delineare questo complesso di scelte nel nostro corso di lezioni su *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968. A questo rinviamo il lettore per una documentazione adeguata.

mente: l'ordinamento assume a proprie forze promotrici l'apparenza, il godimento, l'esercizio, cioè le presenze vive a livello della dimensione fattuale; si rifiuta — o è incapace — di inventare canoni artificiali di qualificazione e registra con umiltà la carica normativa di tutti questi fatti. Non si smentisce il *dominium* dell'antico titolare catastale ma lo si devitalizza per dissanguamento lasciando che, senza eversioni clamorose, senza clamorose rivoluzioni culturali, venga espropriato nei poteri imprenditoriali da chi proprietario non è ma è il gestore dell'impresa.

È questa la richiesta autentica della vita economica, e questa viene esaudita. La rivoluzione culturale c'è ma è nascosta, subdola, frutto non di un movimento o di un programma ma di una officina secolare che sta operando, di generazione in generazione, nel vuoto creato dallo sfacelo del mondo antico, sull'unico terreno veramente anche se sottilmente distruttivo: quello della mentalità.

È una mentalità nuova che lo storico contempla forgiata da mille nascosti artefici dagli strumenti rozzissimi, notai e giudici quando va bene e più spesso operatori innominati e inqualificati ciascuno dei quali ha insensibilmente contribuito, più inconsciamente che consciamente, a capovolgere la clessidra d'una *forma mentis*: a una mentalità angolosamente proprietaria come quella romana si sostituisce una civiltà 'possessoria' cui è del tutto indifferente l'idea di un rapporto di validità (anche perché manca il modello rispetto al quale operare raffronti e misure) e che è invece dominata da un vigoroso principio di effettività.

Civiltà 'possessoria' in questo — e soltanto in questo — senso: gelosa custode della freschezza immediata dei fatti, ad essi affida un ruolo primario e consegna il suo volto tipico. Saranno una, dieci, cento, innumerevoli figure che emergono dal vivo dell'esperienza, più intuitive che pensate, appena abbozzate invece che disegnate con cura, fatti normativi ricolmi di contenuti economici che da questa economicità prepotente traggono la propria normatività. Uso, esercizio, godimento: situazioni che esprimono vivacemente con la loro carnalità la familiarità dell'uomo con le cose, il suo mescolarsi e il suo vivere con esse. E l'ordinamento se ne impressiona, in maniera forse sfocata ma con una aderenza totale, senza costruzioni rigorose e definite.

Quel che conta, in questo paesaggio giuridico dove i fatti

predominano, è ovviamente il loro sempre più intenso campeggiare, il loro ingigantirsi proprio al livello del diritto. Ieri relegati nel limbo dell'irrelevanza, oggi non si contentano di aver acquisito una cittadinanza tra le *formae iuris* rispettate e osservate ma ottengono l'ingresso nel sacrario giuridico delle situazioni reali, ossia nel più riposto e geloso dei territori, quello dove soltanto la mentalità offre la chiave di accesso. Apparenza, uso, godimento, esercizio, ieri appartenenti all'effimero e al quotidiano, che soltanto in circostanze eccezionali erano riusciti a scalfire il monolito dell'ordinamento classico tutto cementato e fortificato di validità, divengono nei secoli altomedievali, insensibilmente, dal quarto secolo in poi, in Occidente, dapprima nelle zone provinciali più eccentriche e poi dappertutto, la fonte e la sostanza di un numero amplissimo e aperto di assetti giuridici atipici, tutti architettonicamente poco definiti costituendo essi l'espressione immediata di forze strutturali ma tutti contrassegnati da una intensa radicazione nel reale, tutti, insomma — per intenderci — *iura in re*, tutti — per intenderci — ammessi a dividersi le spoglie del vecchio *dominium*.

Solo per intenderci usiamo una disinvolta e banalizzante terminologia dichiaratamente romanistica e pertanto insoddisfacente a puntualizzare una cultura tanto poco romanistica e tanto poco 'proprietaria'. Per noi, che siamo ancora marcati a fuoco dalla interpretazione — e immobilizzazione — giusromanistica del mondo sociale, l'uso d'una simile terminologia ha la funzione di sottolineare che le nuove situazioni fattuali non si collocano al di fuori ma ben all'interno della dimensione del 'reale', dimensione che continuiamo a pensare scandita in proprietà e diritti reali su cosa altrui. Ma — diciamolo pure nel momento in cui strumentalmente lo usiamo — è linguaggio scorretto e, prima ancora, è scorretto l'atteggiamento del sottostante pensiero che schematizza e riduce un pianeta diverso e lontano nelle maglie strette e antistoriche di ciò che ci è culturalmente familiare. Come sarebbe scorretto pensare la *gewere-vestitura* quale 'diritto reale' mentre essa, al di là di disegni individualistici, si risolve in un fatto obbiettivo (che è, insieme, apparenza, uso, godimento, esercizio) radicato nella cosa giacché munito di effettività e, come tale, efficacemente tutelato dall'ordinamento. Il 'reale' qui si scandisce in assetti *lato sensu* possessorii quali espressioni di una civiltà 'possessoria', dove —

ripetiamolo per l'ultima volta — possessorio vale per economicamente e socialmente effettivo, sta a puntualizzare l'attenzione dell'ordinamento per la dimensione dell'effettività e il rilievo — al suo interno — di tutto ciò che a questa dimensione attiene.

10. Il ritrovamento di autentiche forze strutturali e il far di esse un perno cardinale del nuovo ordine è operazione d'una officina di pratici, che si muovono privi di inibizioni e con lungimiranza nel tessuto vivo dell'esperienza. Senza archetipi culturali in testa, poveri di tradizioni retrostanti ma non poveri di sensibilità, il giudice e il notaio dell'alto medioevo modellano sul vivo di un'argilla plasticissima figure giuridiche grosse e rudimentali ma, gonfie di fatti qual'erano e cariche di effettività, storicamente vivacissime. Dalle cose si liberava un groviglio di istanze concrete e dava corpo a un ordine giuridico aderentissimo, non pensato non sistematizzato non schematizzato, ma aderentissimo.

Un volto che non muta quando una più ricca circolazione di uomini e di idee e una maggiore intensità della vita comunitaria genera una nuova possibilità di comprensione e utilizzazione e, conseguentemente, un riaffioramento di modelli culturali e, insieme, di strumenti interpretativi e inventivi romani; quando, al centro di questo patrimonio di antiche suppellettili, torna a far bella mostra di sé il *dominium* riproponendosi a supremo modello di legittimazione di ogni assetto giuridico reale e, forse — sciagurato inchiodamento di tutta la storia giuridica occidentale — più semplicemente di ogni assetto giuridico.

Le forze liberate dalla plurisecolare officina altomedievale, diventate mentalità circolante, hanno però acquisito una loro incoercibilità, e sarà lo schema del *dominium* a subirle in tutta la irruenza e a restarne intimamente modificato. Il mondo giuridico evocato dalla sana empiria dei laboratorii altomedievali, lungi dal ritornare a seppellirsi nel sottosuolo strutturale da cui era scaturito, viene ora ripensato dagli *homines novi* della nuova cultura giuridica — cittadini, maestri, speculativi — in termini di *dominium*; ma in questo rivestimento del corpo sociale è la veste che si piega e si strappa per ricomprenderlo adeguatamente; segno che la civiltà costruita nell'alto medioevo non ha smentite ma continua unitariamente, pur arricchendosi e complicandosi sotto il profilo culturale.

Il testimone loquace della continuità ⁽²⁸⁾ è il *dominium utile*, invenzione speculare della giurisprudenza del Rinascimento giuridico nei suoi vizi e nelle sue virtù.

Guardiamolo un pò più da vicino, perché siamo di fronte a un frutto storico assai significativo: la realtà incolta e ingombrante costituita dal fatto complesso 'esercizio-godimento' nella sua effettività ed autonomia viene ammantata dei panni solenni e inadatti del dominio; come a dire di un contadino rivestito goffamente d'un abito da cerimonia. C'è di che sorridere per chi guardi l'operazione con un sottile gusto estetico e con illuministica sufficienza, e *lächerlich*, risibile, giudica l'istituto Anton Friedrich Thibaut scrivendo sul dominio utile un saggio famoso proprio a inaugurazione del secolo diciannovesimo ⁽²⁹⁾. Chi vi guardi con occhi sufficientemente storicistici percepisce e valorizza invece in questo mostriciattolo formale un fascio di motivi storici.

Nessun dubbio che il dominio utile rechi inscritta nella sua figura una intima contraddizione: un sostantivo e un aggettivo male assortiti. Il sostantivo attiene al regno della sovranità imperiosa dell'individuo, alle capacità espansive della volontà, mentre l'aggettivo trascina quella capacità in una sfera che non le si attaglia, a un più basso livello di terrestrità quotidiana dove le cose vengono usate e godute ma dove non è mestieri parlar di virtù, di sovranità, di capacità. Nessun dubbio, infatti, che, se il godimento può stare all'interno del contenuto del dominio (anche se contenuto marginale), alla nozione di godimento sia senz'altro estranea l'idea di dominio.

Crediamo che lo storico debba prendere buona nota di questo tessuto eterogeneo composto di due trame disarmoniche e incoerenti; è infatti come segno di contraddizione che il dominio utile rivela tutta la sua intensissima storicità. È l'intuizione altomedie-

⁽²⁸⁾ Non si fraintenda questo termine: qui si parla di continuità all'interno di una stessa esperienza giuridica, all'interno di uno stesso universo culturale, quello medioevale, che ha nei due momenti temporalmente susseguenti dell'alto e del basso medioevo soltanto due particolari assestamenti d'uno stesso universo storico. Non v'è pertanto alcuna contraddizione con il rifiuto del rischioso canone pseudo-metodico della pretesa continuità fra universi storici, fra esperienze giuridiche diverse.

⁽²⁹⁾ A. F. J. THIBAUT, *Über dominium directum und utile*, in *Versuche übereinzelne Theile der Theorie des Rechts*, Aalen, 1970 (rist. anast.), P. II, p. 78.

vale che continua in un momento non più privo di condizionamenti culturali e che, al contrario, con essi deve, in un modo o in un altro, fare i conti. Le soluzioni della prassi romano-barbarica avevano semplicità e schiettezza perché la comunità e gli operatori non avevano bisogno di verificarle se non nell'effettività dell'esperienza quotidiana. In un clima di ritrovamento di raffinate fondazioni culturali, qual'è quello del Rinascimento giuridico, la verifica si complica, diventa duplice, va fatta non soltanto con la mentalità cricolante nell'esperienza ma altresì con i modelli culturali che l'esperienza ha per sé dissepolto come suo momento di validità. Il diritto romano e il suo documento più augusto e sacrale, il *Corpus giustiniano*, costituiscono — in un mondo dove il potere politico continua ad esser vissuto non come Stato bensì in modo incompiuto, non totalizzante, e continua perciò ad essere incapace di costruire modelli di validità — la indispensabile piattaforma autoritativa cui far riferimento, anche se spesso è nulla più che un chiodo piantato nella parete al solo scopo di avere un punto fermo da cui dipanare un filo lunghissimo e sostanzialmente autonomo: il dominio utile è il frutto di questa ormai indispensabile contaminazione fra il piano dell'effettività e quello della validità, è l'insieme delle certezze altomedievali ripensato 'romanisticamente' in termini di *dominium*. Dove il *dominium* viene sforzato e tradito per costringerlo a ricevere ciò che più preme all'ordinamento di salvare, e cioè l'attingimento delle situazioni effettive di godimento ed esercizio alla sfera più gelosa del reale.

È per questo che la nozione di dominio utile ha una sua storia e preistoria: formalmente nasce quale responsabile invenzione della scienza giuridica dei Glossatori, sostanzialmente vive già nelle intuizioni della prassi altomedievale anche se pensata e vissuta in un universo culturale dove al *dominium* certamente non spettava il ruolo di schema interpretativo prevalente della realtà. L'importante da notare è che il segnalato spostamento di attenzione dell'ordinamento dalla titolarità all'esercizio con la conseguente gigantizzazione sociale e giuridica di fatti economici prima innominati e intutelati è divenuto, nello scavo plurisecolare, mentalità e che il giurista nuovo, appena che si affaccia come scienziato — col secolo XII — sul proscenio dell'Europa occidentale, sente l'esigenza di salvaguardare adeguatamente quella mentalità fornendogli l'unica

armatura culturale di provata robustezza, ripensandola cioè in termini pseudo-romanistici. Anzi, quei fatti sono per lui tanto rilevanti, hanno di fronte a lui una carica tanto normativa, che assurgono non alla nobilitazione di una generica realtà ma al fastigio sommo del dominio, si inseriscono nel cuore dell'idea proprietaria provocando ovviamente la rottura della antica appartenenza unitaria e proponendo una rinnovata nozione di appartenenza: se del mondo torna in auge una lettura nel prisma della proprietà, i fatti concernenti l'*utilitas* possono e debbono incarnare una proprietà.

Un punto va sottolineato ancora una volta per non entrare in un pantano di equivoci: la teoria del dominio utile (e, conseguentemente, del dominio diviso) non è un divertimento libresco o l'innocuo gioco alchimistico che si esaurisce nel chiuso d'un laboratorio, né il suo prodotto è un *flatus vocis* o una decorazione floreale. È piuttosto l'ingresso prepotente di una mentalità profonda nell'orditura di una tradizione giuridica fino ad arrivare a padroneggiarla e distorcerla. Il dominio utile, all'estremo del procedimento conoscitivo dei giuristi, è infatti, prima ancora che espediente tecnico, uno schema antropologico con due significati essenziali.

In primo luogo, come ogni teoria di proprietà divisa, testimonia di un sistema di diritti reali costruito partendo dalle cose, non deponendo lo sguardo mai dalle cose, conferendo un massimo di rilevanza alle cose: se il soggetto, nella sua unicità, chiede a sua misura un *dominium* unitario e inscindibile (che è quanto viene coniato in ogni cultura individualistica), la cosa, nella sua complessità strutturale, nella sua stratificazione di *substantia* e di *utilitas*, impone diversificazioni proprietarie a seconda delle diverse dimensioni in cui si articola. Pertanto, parlar di dominio diretto e di dominio utile significa soprattutto un approccio antiindividualistico di grande umiltà verso la realtà cosmica, un certo metodo conoscitivo, una determinata antropologia.

In secondo luogo, con quel suo richiamo ostentato alla *utilitas* segnala un *dominium* inteso come *contenuto* e segnala la conseguente incapacità a concepire la proprietà come rapporto puro. La civiltà medievale, del primo come del secondo medioevo, tutta e sempre protesa a crear ponti fra carne e spirito, a incarnar valori per

renderli umanamente sensibili, è incapace — per propria indole — a concepire, o una povertà assoluta, o una proprietà interiorizzata. L'impietosa e generosa povertà di Francesco, così disincarnata, è scandalo per una cultura fondata sulla armonica fusione fra cielo e terra, fra temporale ed eterno: è scandalo perché estranea a quella cultura, da essa intimamente diversa; è scandalo proprio e soltanto per la sua *diversità*; la povertà di Francesco è una spina nell'organismo vivo della cultura e della spiritualità medievali, colma qual'è di presentimenti, gremita — soprattutto in certe sue correnti estreme — di futuri sviluppi della spiritualità cristiana, proiettata insomma nel futuro e non espressiva della coinè del medioevo latino. La concezione che la corposità del *dominium* sia una semplice manifestazione esteriore di qualcosa che è già compiuto all'interno del soggetto, giacché il *dominium* nella sua natura più schietta è un *animus* una volontà un atto interiore, tutto questo è l'intuizione profonda dell'età nuova, nei cui primi rivoli la riflessione francescana si colloca relevantissima, ma è affatto estraneo alla visione medievale dei rapporti giuridici uomo-cose espressivamente assommantesi nella creazione del dominio utile ⁽³⁰⁾.

Un *dominium* impastato di terrestrità, un godimento che, per sue forze interne (cioè per autonomia ed effettività) diventa *dominium* e che, in quanto tale, non è l'occasionale anche se fortunato esperimento avvenuto sul banco dell'alchimista giuridico, ma è vessillo, progetto e programma di una *scientia iuris* perfettamente inserita nel suo tempo, perfettamente immedesimata nel compito di tradurre in termini e schemi giuridici i valori della mentalità circolante.

Il dominio utile è, prima di tutto, la traduzione in termini giuridici di una mentalità. È la mentalità del primato dell'effettivo, è la mentalità 'possessoria' dell'alto medioevo che domina ancora quale imperiosa costituzione materiale del mondo dei Glossatori e dei Commentatori. Più oltre, sullo sfondo, un modello agrario e non cittadino di *dominium*, dove il principio romanistico per cui si ha

⁽³⁰⁾ Abbiamo cercato di sottolineare il grosso contributo della speculazione francescana per una rinnovata antropologia proprietaria in *Usus facti — La nozione di proprietà nell'inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972).

proprietà soltanto nel rapporto fra un soggetto e una *res corporalis* sembra, di fatto, specificizzarsi nel rapporto fra soggetto e terra, *res frugifera* per eccellenza e per eccellenza fonte di ogni *utilitas*. Applicabile anche ai beni immobili più svariati, il dominio utile evoca tuttavia soprattutto un paesaggio agrario folto di concessioni agrarie, con una forte dialettica fra il depositario della titolarità proprietaria e l'esercente della impresa agricola sul bene-terra.

Si dirà: ma perché scomodare questo (per taluno fumoso) ⁽³¹⁾ livello delle mentalità e non arrestarsi piuttosto alla analisi concreta e discreta di un gioco fra struttura e forme giuridiche? È il risultato tecnico, è l'aver risolto in *dominium* la situazione del concessionario-imprenditore, che ci convince di questo. La tensione proveniente dalle strutture può spostare l'attenzione dell'ordinamento dal proprietario catastale al concessionario, può determinare l'aumento dei poteri di questo rispetto a quello. Che però questa gamma di poteri attribuiti configuri, nell'ambito di un ordinamento che ripropone come modello tecnico supremo il *dominium*, un contenuto proprietario e consenta l'emersione di un *dominium* concorrente, questa è circostanza che si motiva all'interno dell'universo del diritto e delle certezze in esso circolanti, anche se immediatamente dopo la sua emersione si riversa all'esterno sulle strutture. La gamma di poteri, insomma, diventa *dominium* soltanto se si inserisce nella mentalità giuridica circolante.

11. Un simile discorso si legittima nel presupposto che il dominio utile sia ricavato nel territorio più geloso della appartenenza e rappresenti una proprietà. Non sarà male soffermarsi un pò su un punto tanto qualificante per sgombrare il nostro cammino da ulteriori equivoci.

Accenniamo, prima — ma lo facciamo soltanto per scrupolo, e fugacemente —, a un possibile equivoco terminologico. Recentemente, con un eccesso di zelo pseudo-rigoristico, si è preteso da taluno di riservare il termine proprietà unicamente alla cosiddetta proprietà moderna, negandolo, per esempio, alle varie forme me-

⁽³¹⁾ Cfr. J. LE GOFF, *La mentalità: una storia ambigua*, in *Fare storia*, a cura di J. Le Goff e P. Nora, Torino, 1974.

dievali di *dominium* ⁽³²⁾. È uno pseudo-problema e si tratta di pseudo-rigore: non v'è dubbio che i *dominia* medievali poco abbiano da spartire con la proprietà moderna e che per la loro qualificazione lo stesso termine 'proprietà' non sia immune da ambiguità; né v'è ugualmente dubbio che nessun *dominium* — né il diretto né l'utile — rappresenti *la* proprietà. I *dominia* costituiscono però sempre *una* proprietà, sono sempre una risposta alla ricerca di quel momento più intenso dell'appartenenza che, con le sue già segnalate discontinuità, è però il filo conduttore che lega il *dominium* classico, i *dominia* dei Glossatori, la proprietà dei Pandettisti. I *dominia* medievali sono lo stesso problema, e hanno lo stesso comune denominatore problematico, della proprietà di Windscheid; qui sta il *continuum* che ci permette di usare strumentalmente un termine comune. Il discontinuo sta invece nel contenuto delle soluzioni che ogni civiltà modella a sua misura. Sarà comunque correttissimo parlar di proprietà anche per il mondo del Rinascimento medievale con l'unica condizione che non si voglia far propria ad ogni costo una sola risposta storica — la moderna — e si intenda proiettarla indiscriminatamente nel seno delle altre esperienze storiche. E, tranquillamente, continueremo a vedere i *dominia* nella storia della proprietà e a cogliere in ogni *dominium* un contenuto minimo o massimo di proprietà.

Contenuto minimo della proprietà: eccoci a un problema più consistente da un punto di vista storico-giuridico e che ci introduce al nodo del dominio utile come proprietà. Un problema grave e urgente in tutti quegli ordinamenti che, partendo dallo statuto della cosa, colgono la proprietà come un'entità frazionabile, e che quindi ammettono la legittimità di più d'un proprietario insistente sulla stessa cosa; problema invece inesistente, com'è ovvio, nelle culture giuridiche rigorosamente individualistiche, per esempio nella romano-classica e nella borghese-moderna, perché qui la proprietà costruita sul soggetto è così caratterizzata dalle sue fondazioni etico-politiche da non aver nulla a che spartire non dico con le situazioni di semplice detenzione ma altresì con tutte le altre situazioni reali.

(32) Così nelle recentissime ricerche di un giovane civilista, O. T. SCOZZAFAVA: *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier* (1980); *Il problema della proprietà nell'opera di Jean Domat* (1980); *I beni e le forme giuridiche di appartenenza* (1982).

Un abisso incolmabile separa la qualità della prima (sempre eticamente innervata) da quella di tutte le altre, che si collocano sempre al più modesto livello degli strumenti economico-giuridici del vivere quotidiano. In queste culture il confine fra l'una e le altre è un segno netto, e inconfondibili appaiono i due territori. L'interrogativo dove finisca il terreno d'un diritto reale limitato e dove cominci quello della proprietà è addirittura insensato, logicamente improponibile.

Assai diversamente oggi, in questi anni che stiamo attualmente vivendo, ed ha storicamente un senso profondo l'incontro che, appena ieri, i nostri civilisti hanno organizzato a Camerino per discutere di contenuto minimo della proprietà ⁽³³⁾: dopo l'indiscusso recupero della proprietà dal paradiso delle nozioni etiche, dopo la rinnovata attenzione agli statuti diversificati dei beni, dopo la intensa, assai intensa, tutela a molti esercizi sulle cose a scapito della titolarità della cosa (si pensi alla vigente disciplina dell'affitto di fondo rustico), è lecito e anzi doveroso parlar di confinazioni perchè la burrasca può aver divelto e confuso le vecchie terminazioni tradizionali. Assai diversamente nella civiltà del Rinascimento giuridico medievale, quando l'atteggiamento dell'ordine giuridico aveva non poche assonanze e coincidenze con quello attuale.

La certezza medievale che il *dominium* non piove dal soggetto sulla cosa ma nasce dalla cosa, e la sua conseguente dissacrazione; l'ipotesi di più proprietà frazionata sulla stessa cosa, ciascuna avente ad oggetto una determinata frazione di poteri sulla cosa, non può che rendere più instabile e più sfumato il confine fra proprietà e diritto reale limitato, ed è anzi addirittura pensabile una osmosi fra l'una e l'altro; e v'è chi ha autorevolmente sostenuto che ogni *ius in re* incarna un *dominium* agli occhi del giurista — teorico e pratico — del diritto comune ⁽³⁴⁾.

Se una simile ipotesi deve essere respinta (e ne vedremo i motivi fra un momento), si deve però ammettere che il problema è qui più arduo: *dominia* e *iura in re* non costituendo — come è nel moderno

⁽³³⁾ Ci riferiamo a: *Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà — Atti del convegno Camerino 27-28 maggio 1982*, Napoli, 1983.

⁽³⁴⁾ Così nel saggio di Helmut COING, *Zur Eigentumslehre des Bartolus*, in *ZSS-RA*, LXX (1953).

diritto civile — una antitesi logica, ma esprimendo gli uni e gli altri, in qualche modo, una partecipazione alla complessiva sfera della proprietà, appaiono sorretti da una tensione accomunante.

Questo è indubitatamente vero ed è anzi un tratto distintivo della analisi medievale dei diritti reali. Ma va fatta una distinzione essenziale: non ogni *ius in re* viene elevato a *dominium*, bensì soltanto quelli che incidono direttamente, o sulla globalità della cosa (come la proprietà), o su dimensioni particolari della cosa (come l'enfiteusi, la superficie, le concessioni fondiari a lungo termine, la stessa locazione a lungo termine); mentre è insegnamento ricevuto dei dottori di diritto comune di non elevare a *dominium* una servitù prediale o una servitù personale, giacché queste saranno confinabili nel novero degli *iura in re aliena*.

Il contenuto minimo perché si abbia *dominium* è l'esistenza di un potere, non importa se piccolo o grosso, ma autonomo e immediato sulla *res corporalis*. Il *dominium* deve infatti impegnare e investire frontalmente il soggetto e un frammento di cosmo, perché solo con ciò si può attuare un meccanismo autenticamente appropriativo: della cosa ci si appropria soltanto se v'è questo approccio frontale. In una siffatta civiltà di situazioni giuridiche incarnate, proprietà è soltanto il dialogo senza intermediari fra i due universi supremi, soggetto ed oggetto, individuati nella loro corporeità che ne consente l'aggancio alla natura primordiale; enfiteusi, superficie, livello, precaria, locazione a lungo termine saranno *dominia* perché situazioni che impegnano la *res*. *Dominia* relativi alla *utilitas rei*, *dominia utilia* ma *dominia*. Diversamente per ogni tipo di servitù, che non impegna mai la *res* nella sua essenza costitutiva, che si proietta dall'esterno sulla cosa qualificandosi soltanto come *ius in re aliena* estraneo alla idea di appartenenza del bene. Usufruttuario e titolare d'una servitù prediale sono *domini* ma soltanto del proprio *ius*, non riuscendo a incidere sulla corteccia dura e resistente della cosa; il loro è *dominium rei incorporalis*, situazione che solo genericamente e impropriamente può essere qualificata *dominium* perché si sottrae al segreto essenziale di ogni proprietà autentica, ciò che sopra chiamavamo esattamente, con una connotazione però più sociologica che giuridica, l'approccio frontale del soggetto con la realtà cosmica, quel segreto che consente a un'operatore inqualificato di ingigantirsi, in certe circostanze, fino alla proporzione di un

dominus; *dominus utilis*, forse, ma sempre in qualche modo *dominus rei, rei corporalis* ⁽³⁵⁾.

Al di sopra di questa coscienza antropologica e sociologica i giuristi intessono le loro orditure tecniche e costruiscono anche tecnicamente la proprietarietà senza smentite della situazione dell'utilista. Egli avrà gli attributi che al *dominus* erano riconosciuti da una tradizione antica e augusta: una *rei vindicatio* come strumento di tutela processuale (a differenza dell'usufruttuario munito soltanto di una *actio confessoria*), la proprietà nella invenzione del tesoro, l'acquisto dei frutti per separazione, la possibilità di costituire servitù e altri diritti reali sulla cosa, e così via. E parlando di lui si farà sempre riferimento al principio, romano e romanistico, escogitato per la proprietà: 'duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest', testimoniando la convinzione di muoversi all'interno della dimensione proprietaria. Dunque, non un lustrino per l'occhiello del suo vestito buono, ma un cumulo di poteri autenticamente proprietari.

Un'ultima notazione necessaria prima di chiudere: chi conosce a fondo le opere dei grandi dottori e pratici del tardo medioevo potrebbe insinuare, per smentire la fermezza delle righe precedenti, che le testimonianze sapienziali sul dominio utile sono molte, varie e anche contraddittorie. Per gli interpreti il dominio utile è *dominium* e vi si riconnettono le conseguenze tipiche e naturali del *dominium*; nello stesso tempo, si esprimono anche perplessità e si arriva talora a negare a un certo dominio utile (non quello — si diceva allora — che «contrariatur directo», ma quello che «subordinatur directo») il carattere di *verum dominium*. In un caleidoscopio così vario ognuno può trascinare un buon numero di fonti dottrinali dalla propria parte, ma una cosa storiograficamente si impone: di lasciare le scelte singole o la singola opinione per far ciò che ogni storico del diritto dovrebbe, e cioè inserire quelle scelte e quelle opinioni entro la più ampia architettura sistematica che il loro dottrinale (il diritto comune è realtà corale) intende edificare, ogliere il senso dell'architettura, rendersi conto del progetto

⁽³⁵⁾ Questo nodo di problemi sarà affrontato e sviluppato in un volume, che uscirà prossimamente presso l'editore Giuffrè di Milano, col titolo: *Proprietà e diritti reali fra segni dell'età nuova*.

giuridico di cui questa *interpretatio* è portatrice. O si fa questo, oppure ogni indagine resta storiograficamente viziata per difetto di diagnosi giuridica.

La riflessione sul dominio utile è infatti, necessariamente, all'insegna della contraddizione perché il dominio utile è esso stesso segno di contraddizione, uno dei tanti di questi *sapientes* che, pur sensibili alla effettività delle istanze del proprio tempo, riconoscevano nelle costruzioni del diritto romano il proprio momento di validità. Crocifisso fra la lettera rigida del testo e la novità strabocchevole dei fatti un singolo interprete può diventare preda facile di dubbi e ripensamenti. L'importante è la tensione corale dominata dalla esigenza di comprensione dei fatti nuovi, determinata a sacrificare in nome dell'effettività i nessi formali di validità. Nella linea di un simile inespresso programma, una officina europea di giuristi, lavorando ininterrottamente dal secolo dodicesimo al quindicesimo, conia e sistema un'idea e un istituto, la proprietà divisa, che rappresenta la realizzazione di una coerenza duplice: al patrimonio che nella propria subcoscienza questi artefici raffinati portano con sé come eredità degli umili fabbri altomedievali; al patrimonio ideale che circola nell'aria inscritto nel costume e reclamato dalle strutture.

Per lo storico l'acquisizione fondamentale è che il dominio utile non è un divertimento dei giuristi, prodotto di laboratorio meritevole soltanto di analisi scolastiche; è piuttosto la cuspide affiorante di un grande progetto scientifico che pretende di disegnare figure giuridiche in perfetta coerenza con la mentalità circolante. Se il dominio utile non fosse consistito in questo, sarebbe morto il giorno dopo della sua fabbricazione, così come nascono e muoiono tanti artifici dell'alchimia giuridica. È invece sopravvissuto, e ben oltre i termini dell'esperienza medievale diventando ospite scomodo di testi legislativi, dottrinali e giudiziali per buona parte della prima età moderna, quasi fino a ieri; appena ieri, nell'incontro recentissimo dedicato ai problemi più spinosi della odierna appartenenza, un civilista di straordinaria sensibilità come Pietro Rescigno poteva insistere sulla rilevanza della nozione di dominio diviso ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ P. RESCIGNO, *Introduzione a Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., pp. XII-XIII.

Come schema antropologico, è duro a morire e, al di là della persistenza e del mutamento dei regimi positivi, può cambiare soltanto quando le certezze antropologiche che lo hanno provocato e sorretto si accingono a mutare. Ma lo storico — e lo storico del diritto in particolare — sanno bene che simili certezze, radicate nelle ossa, annidate nei recessi più riposti della coscienza sociale, hanno una loro impermeabilità e resistenza che vince sulle mutazioni sociali e politiche anche violente, sui sommovimenti della realtà economica, sulle crisi ideologiche.

12. Se il dominio utile è la punta affiorante di un progetto giuridico, se questo progetto ha solidità e lungimiranza perché affonda nella mentalità sedimentatissima e perciò profonda d'una comunità storica, si avrà una pagina veramente nuova nella storia della proprietà soltanto quando una nuova mentalità giuridica si sia consolidata.

Una pagina la si volta in un momento ma è l'ultimo atto di un lungo e lento processo di erosione, talora palese talora occulto, perché il tempo delle mentalità è la lunga durata, una dimensione temporale dove giorni, mesi ed anni sono unità irrilevanti e dove irrilevanti sono pure incoronazioni e deposizioni, dichiarazioni di guerra e trattati di pace, battaglie vinte o perse; dove il momento è più scandito da viscosità e resistenze che da velocità frettolose. La nuova antropologia si sostituisce con fatica alla precedente ormai profondamente connaturata nella coscienza sociale, e da questa calata nelle coscienze individuali, diventata cultura, atteggiamento di pensiero, sentimento collettivo, costume: tutti materiali difficili a scalfirsi.

È un processo di rinnovazione che impegna cinque secoli, dal Trecento all'Ottocento, e che soltanto al suo esito finale ottiene l'inversione di un senso, il capovolgimento della mentalità: soltanto a metà Ottocento il frutto, ormai maturo, si stacca dal ramo, ma la progressiva maturazione ha avuto una durata plurisecolare.

Non è affar nostro ripercorrere in questa sede la storia della proprietà moderna; dopo aver tentato di carpire il segreto della appartenenza medievale, saremo ora paghi di tentar di rispondere a una domanda che ci siamo sopra posti: dove sta il ' moderno ' della

proprietà? E quando potremo cogliere l'inaugurazione di una proprietà 'moderna'?

L'operazione 'proprietà moderna', che si conclude appena alle nostre spalle (anche se subito dopo abbiám cominciato a ridiscuterla da capo a fondo), ha una naturale sincronia con la più ampia rinnovazione antropologica che dà vita a una civiltà 'moderna'; sincronia ovvia dopo le premesse sulle quali abbiám ripetutamente insistito. E prende l'avvio in quel secolo così gremito di anticipazioni che è, per lo storico e per il giurista, il Trecento.

Nel suo seno crisi delle strutture e risveglio antropologico appaiono in misteriosa sintonia e si sposano vicendevolmente in una singolare pienezza del tempo storico. Nella delusione, che ormai serpeggia, verso le cose — quelle cose che hanno tradito l'uomo non garantendogli più la sopravvivenza (e qui la storia agraria — è doveroso riconoscerlo — ci offre dati illuminanti) — si incrina la stabilità di un ordine che sulle cose aveva fondato il proprio edificio. Il soggetto, fortificato nelle sue interne capacità da secoli di altissima fioritura sapienziale, ha una sollecitazione duplice e doppiamente intensa, dall'interno e dall'esterno, a cercar fondazioni nuove e soprattutto a cercarle dentro di sé, facendo i conti esclusivamente con sé.

Il segreto del nuovo è tutto qui. Quanto l'ordinamento medievale — unitariamente, nel primo e nel secondo medioevo, nella officina di empirici che non aveva avuto smentite ed era anzi stata avvalorata dalla riflessione dei dottori — aveva tentato di costruire un sistema oggettivo di proprietà, costruendole dalle cose e sulle cose, riproduttore fedele della trama complessa delle cose, tanto l'ordine nascente dell'età nuova si volge in direzione opposta, tutto teso a scardinare le figure giuridiche dal reale in una disperata ricerca di autonomia. Le vecchie proprietà erano nel reale, scritte in esso e in esso lette e trascritte con umiltà; il nuovo troverà nel reale soltanto una manifestazione esterna, un campo di azione efficace per ciò che potenzialmente già esiste all'interno del soggetto e che chiede soltanto di esprimersi e di concretarsi. La proprietà diventa un capitolo della storia del generale rivolgimento umanistico, certamente non l'ultimo, anzi uno dei più rilevanti, uno dei punti d'impegno della nuova speculazione. E non sorprende che, mentre la mentalità giuridica continua a disegnare e applicare le figure

tradizionali del vecchio ordine che persiste e ancora per molto persisterà, le prime intuizioni del nuovo non siano leggibili nelle pagine misoneistiche dei giureconsulti, ma nelle prefigurazioni del nuovo ordine di cui sono gremite le riflessioni dei teologi e dei filosofi. Ad essi è affidata l'erosione delle vecchie certezze antropologiche e la creazione di nuove, e saranno essi a delineare quella rinnovata antropologia dell'appartenenza che fungerà da insostituibile supporto per la futura mentalità giuridica.

La storia della proprietà giuridica moderna ha un suo corso sotterraneo e uno palese, o, se volete, una preistoria e una proto-storia: la prima consiste in una capillare analisi di non-giuristi tutta tesa a definire un rinnovato modello antropologico e politologico, quello che oggi, con frase fortunata e ricevuta, si suol chiamare non scorrettamente dell'individualismo possessivo⁽³⁷⁾, sul quale si affannano impegnatissimi in vari tempi teologi delle correnti neoteriche preumanistiche ed umanistiche, filosofi e politologi del liberalismo classico; la seconda, se ha qualche anticipazione (e lo vedremo tra un momento) in talune proposizioni teoretiche già nel secolo sedicesimo, comincerà a scorrere spedita e continua assai più tardi soprattutto con la grande riflessione pandettistica ottocentesca, quando sul calco del modello antropologico ormai da tempo definito si disegnerà un compiuto e rigoroso modello giuridico, e la nuova proprietà da pregevole disegno consegnato nell'album dei giuristi assumerà anche la sostanza di un assetto organizzativo della vita quotidiana.

13. Recentemente, assai recentemente, da parte di alcuni giovani civilisti italiani ci si è interrogati sul discrimine essenziale fra appartenenza medievale e appartenenza moderna, incentrando l'attenzione sull'esclusività, sull'essere quest'ultima fondamentalmente un diritto esclusivo, *ius ceteros excludendi*⁽³⁸⁾. Più addietro, tradizionalmente, era sulla assolutezza, cioè sulla varietà ed intensità dei poteri conferiti al proprietario, che si puntava lo sguardo.

⁽³⁷⁾ Dal titolo, fortunato ma anche azzeccato, di un lavoro di C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism-Hobbes to Locke* (1962).

⁽³⁸⁾ Così da Cesare SALVI nel suo bel volume su *Le immissioni industriali* (1979) e da Oberdan Tommaso SCOZZAFAVA ne *I beni e le forme giuridiche di appartenenza* (1982).

A nostro avviso, siamo, nell'una e nell'altra ipotesi, di fronte a due sentieri malsicuri d'indagine: la proprietà moderna non può consistere nell'essere più assolutezza o più esclusività. Saremmo infatti ancora su un terreno meramente quantitativo, dal momento che proprietà vuol dire sempre e in ogni contesto un minimo di assolutezza e di esclusività, pena il non essere proprietà. Il dominio utile della officina medievale consiste esso pure in una certa gamma di poteri e in una certa dose di esclusività; né potrà trovarsi su questo piano il tratto di separazione dell'utilista dall'incredibilmente diverso, qualitativamente diverso, proprietario moderno. Questo tratto — se c'è — non potrà che inerire alla sua natura, concernere la sua intrinseca costituzione. E infatti è l'orditura costitutiva del diritto che segnala la collocazione in due differenti universi culturali.

La proprietà medievale è un'entità complessa e composita tanto che appare perfino indebito l'uso di quel singolare: tanti poteri autonomi e immediati sulla cosa, diversi per qualità a seconda delle dimensioni della cosa che li hanno provocati e legittimati, ciascuno dei quali incarna un contenuto proprietario, un dominio (l'utile e il diretto), e il cui fascio complessivo riunito per avventura in un solo soggetto può far di lui il titolare della proprietà sulla cosa. Sia ben chiaro che questa proprietà non è però una realtà monolitica, la sua unità è occasionale e precaria, e ciascuna frazione porta in sé la tensione ad autonomizzarsi e la forza a realizzare lo smembramento; né occorrono soltanto atti di disposizione per provocarlo, ma spesso anche semplici atti di amministrazione del proprietario (per esempio, a certe condizioni, anche un contratto agrario) possono portare alla divisione in tante frazioni della unità composita. Questa relatività soggettiva, questa unità tanto fragile, hanno delle motivazioni precise, e noi le conosciamo: si assommano nella volontà dell'ordinamento di costruire l'appartenenza partendo dalla cosa e di condizionarla alle esigenze di questa.

Comincerà a erodersi un tale edificio tecnico quando gli comincerà pian piano a mancare la visione antropologica che gli serve da fondamento e da legittimazione prima, quando il soggetto reclamerà per sé — e l'ordinamento gli sarà corrivo — strumenti più congeniali e un'intera realtà giuridica pensata e risolta da un osservatorio a lui non estraneo, anzi a lui interiore. La proprietà,

che rinnega le soluzioni medievali dell'appartenenza e che possiamo convenzionalmente qualificare moderna, è disegnata dall'osservatorio privilegiato di un soggetto presuntuoso e dominativo, è emanazione delle sue potenzialità, è strumento della sua sovranità sul creato: un marchio rigorosamente soggettivo la contrassegna, e il mondo dei fenomeni, nella sua oggettività, è soltanto il terreno su cui la sovranità si esercita; non una realtà condizionante con le sue pretese strutturali ma passivamente condizionata.

A chi ci chiedesse il suo tratto discriminante, non invocheremmo né l'idea di *potestas plena* né quella di *ius excludendi*; proclameremmo invece alto e forte che, quanto il medievale della proprietà era consistito nella sistemazione della sua complessità e nell'avvaloramento della sua natura composita, tanto il moderno della proprietà sta tutto nel ritrovamento della sua semplicità. La strada che porta a una proprietà autenticamente moderna corre sorretta e orientata dalla coscienza sempre più viva che essa è un corpo semplice, unilineare, la struttura più semplice possibile; l'approdo è quello d'una semplicità assoluta.

La semplicità non è un dato esteriore, non è quantità ma qualità essenziale. Quando, nel tardo Cinquecento, il giureconsulto batavo-tedesco Giphanius, in un ambiente denso di influenze umanistiche, afferma che il *dominium* — riscoperto nella sua unità — è *simplex* ⁽³⁹⁾; quando, in pieno Ottocento, il pandettista Böcking si compiace di identificare lo *Eigentum* come «das einfachste unmittelbarste Verhältniss der wollenden Person» ⁽⁴⁰⁾, affermano in tal modo scopertamente la loro appartenenza a uno stesso emisfero storico e a una stessa ininterrotta linea riflessiva. Una linea riflessiva che si snoda unitaria dal Cinquecento all'Ottocento, ma che conclama la sua rottura rispetto alle fonti giuridiche medievali.

La sottolineata idea della semplicità non è infatti innocua ma ha un supremo rilievo teorico: separa l'appartenenza dal condizionamento della complessità delle cose, fa di essa lo specchio non già della complicata realtà fenomenica bensì della unicità del soggetto,

⁽³⁹⁾ Di Hubrecht van GIFFEN, (1534-1604) 'der deutsche Cujas', si veda *In quatuor libros Institutionum iuris civilis Iustiniani principis commentarius...*, Argentorati, 1629, in lib. II, I — *de rerum divisione §. Singulorum* (INST. 2, 1, 11).

⁽⁴⁰⁾ E. BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts*, II, Leipzig, 1855, p. 6.

la svincola dalla sua proiezione oggettiva per legarla indissolubilmente a lui. La semplicità testimonia la scelta di togliere il *dominium* dalle variazioni del contingente per assolutizzarlo nell'ambito del soggetto, inserendolo il più possibile all'interno di esso.

Viene a mente il capitolo immancabile dei vecchi trattati scolastici di teologia dommatica che assommavano la loro analisi della Divinità nella puntualizzazione ' *de simplicitate Dei* ', dove si riusciva grazie alla qualità significativa della *simplicitas* a fare di Dio una pura essenza abissalmente separata dai coinvolgimenti dell'esistenza. È un pari processo di assolutizzazione e di purificazione a cui viene sottoposta la proprietà, e ha ragione Böcking di incentrare il discorso sul soggetto, e non su un soggetto inqualificato, bensì psicologicamente caratterizzato dalla volontà, *wollende Person*.

Che senso ha questo riferimento alla psiche dell'agente, questo ingresso impudico del giurista nell'animo del proprietario? Quello di informarci con schiettezza che siamo in un emisfero opposto a quello che ha prodotto il dominio utile e che le sue soluzioni non possono che essere antitetiche a quelle incarnantisi nel dominio utile: la proprietà, da dimensione delle cose, è diventata dimensione dell'agente; invece che identificarsi grossolanamente nel bene-oggetto cerca all'interno del soggetto la sua identificazione prima; per questo è diventata «*der materiell-befugte Wille des subjektiven Individuums in betreff des Sachindividuums*» (41).

Non è questo il luogo per ripercorrere attraverso quali tappe — della teologia volontarista tardomedievale, dapprima; della filosofia politica giusnaturalista, poi — si sia conseguito questo vistoso risultato. Certo è che l'intuizione più profonda dell'età nuova consiste nella interiorizzazione del *dominium*, e la nozione più rivoluzionaria sta nella vecchia ma rinnovata e resa prepotente idea del *dominium sui*. Questo principio, che apparentemente sembra la biasciatura d'una vieta formula scolastica, diventa per la carica esasperata di cui lo si riempie e per la centralità che gli si fa assumere la pietra angolare della cultura filosofico-politico-giuridica dell'età moderna, un topos che corre intatto, malgrado i molti accidenti di percorso, dai teologi francescani a Locke a Mercier de

(41) B. W. LEIST, *Ueber die Natur des Eigenthums*, Jena, 1859 (*Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse*, H. 3), p. 56 e p. 59.

la Rivière. Il suo significato è preciso: un individuo che si scopre essenzialmente proprietario, che scopre la sua vocazione proprietaria al fondo dei suoi meccanismi più autenticamente naturali, che interpreta come scansioni proprietarie del sé gesti e comportamenti istintivi di indole primordiale.

Il *dominium sui* come regola dell'universo interno del microcosmo significa che egli è *dominus* per chiamata di Dio e della natura, che il *dominium* non abbisogna delle entità esterne se non per manifestarsi sensibilmente ma che è già *in interiore homine* una realtà ontologicamente compiuta, che ogni manifestazione non potrà che esser coerente con questa prima proprietà naturalissima e congenialissima che ognuno si porta in seno. Il *dominium* diventa indiscutibile e fa del soggetto un personaggio munito all'interno di una carica aggressiva che lo proietta dominativamente sul mondo. Il *dominium*, ogni *dominium*, anche il *dominium rerum*, proprio per questo suo nascere nei recessi dell'animo, per questo suo identificarsi col me più riposto, si legittima e si colora di assolutezza.

Nella confusione inevitabile — ma lucidamente consapevole, deliberata, anzi deliberatamente accentuata — fra il 'mio' e il 'me' la proprietà tendeva a balzare di piano: come dimensione del soggetto non poteva non connotarsi di eticità e delle nozioni etiche acquistava l'assolutezza. Nello stesso momento in cui si compiva questo processo di apoteosi, si maturava il distacco definitivo da tutti gli altri diritti reali: assetti organizzativi della realtà economica e gremiti di contenuti economici, questi; dimensione e quasi virtù del soggetto, e pertanto da non inquinare di contenuti economici, quella. Due radici in mondi fundamentalmente differenziati: due istituti con funzioni diametralmente divergenti: sta diventando sempre più lontano il tempo in cui *dominium* e *ius in re* venivano accomunati all'insegna d'una stessa qualità, e il loro rapporto si risolveva in quello della frazione con la somma.

Nozione semplice, dunque, la proprietà, com'è semplice una virtù, una volontà, un'intenzione, un atto interiore. Il procedimento liberatorio messo in atto dalla cultura moderna la scardina dalle cose per incardinarla nell'intrasubiettivo; e una seconda acquisizione, accanto alla semplicità, si affianca e ne consegue. Semplicità vuol dire anche purificazione estrema del rapporto, vuol dire che è riuscito a scrollarsi di dosso l'ingombro dei contenuti più

varii per farne quella che, con la terminologia dei teologi volontaristi, si potrebbe definire una *potentia*. La proprietà è ormai, in questa versione così esasperatamente soggettivistica, una capacità, capacità di irretire e dominare ogni contenuto, rifiutando pertanto ogni contenuto come contribuzione alla sua quiddità. Il contenuto è ormai soltanto un accidente, che non è mai in grado di ripercuotersi sulla sostanza del rapporto. Accanto — e dietro — alla semplicità, ecco il secondo tratto tipizzante della proprietà nuova: la astrattezza.

Un rapporto puro, non mortificato dai fatti anche se normalmente disponibile ai fatti in virtù della carica di estroversione che gli è propria, accontentistico, perfettamente congeniale a quell'individuo astratto, senza carne e senza ossa, che si viene, di pari passo, definendo quale momento determinante della interpretazione borghese del mondo sociale. E si delinea come idea suprema un *dominium sine usu*, versione capovolta del vecchio dominio utile, dove un *dominium* colto come volontà, come *animus*, può tranquillamente separarsi dai fatti della vita quotidiana ed esserne immune.

Il progetto giuridico svela finalmente la sua orditura sapiente e raffinata: sul piano del diritto veniva consegnato al nuovo *homo oeconomicus* — personaggio, ripetiamo, astratto — uno strumento agile e fungibile, legittimato nei valori supremi e inattaccabile dall'esterno, ideologicamente inavvicinabile alle precedenti soluzioni medievali perché frutto di quel complesso di forze sincroniche che costituiscono la cultura moderna e l'esperienza giuridica moderna.

La proprietà: un istituto ben al centro del progetto; essa stessa cuore e sostanza del progetto. Qui l'ossessione medievale e attuale per il suo contenuto minimo non ha senso; è un problema che si pone per i diritti reali limitati ciascuno dei quali reca in sé un proprio fardello di terrestrità economica ma che non ha motivo di essere per una entità così disincarnata. Anche il postulato della corporeità dell'oggetto, che le fondazioni romane e la virulenta tradizione romanistica sembravan durevolmente cementare, anche questo assunto, tra i più resistenti a morire nella storia giuridica occidentale, non potrà non essere travolto dalla nuova metafisica della proprietà. Le profonde ragioni — su cui abbiamo discorso — di un aggancio necessario fra soggetto e mondo fisico, che avevano

convinto la giurisprudenza medievale a rispettare formalmente e sostanzialmente la regola antica, si dileguano via via che prende campo il topos del *dominium sui*, un meccanismo di autocontrollo e di generica padronanza ricondotto nello schema rigorosamente giuridico della proprietà ed avente ad oggetto realtà impalpabili come virtù e talenti della persona.

È uno dei grandi temi del dibattito giuridico cinquecentesco, in una dottrina che sente l'ariosità e i contrasti del quadrivio in cui naturalmente si colloca: basti qui rinviare l'uditore al faticoso commento di Mariano Socini il giovane alla l. *Naturaliter* del titolo 'de acquirenda possessione' del Digesto, prolisso, tormentato, pieno di incertezze ed anche di presentimenti⁽⁴²⁾. Occorrerà ancora molto per liberarne la mentalità del giurista (e buona parte delle future Codificazioni e lo stuolo pandettistico stanno a dimostrarlo), ma è certo che dal Cinquecento all'Ottocento è tutto un affiorare di incrinature: non più in armonia con le basi teoretiche del sistema, nella nuova proprietà il principio della corporeità dell'oggetto resta soltanto come l'ipoteca della pesante eredità romanistica.

14. Non nutriamo dubbi che semplicità e astrattezza, nella loro interdipendenza e consequenzialità, costituiscano il 'segreto' di una proprietà ben inserita nel 'moderno' e ad esso speculare; la sua 'modernità', intendendo con tale espressione la sua spiccata storicità in un definito universo culturale e quindi il suo inconfondibile carattere, sta soprattutto in queste due qualità. Ci sarà anche altro che concorrerà alla formazione del frutto storico maturo, ma tutto il resto viene dopo; dopo vengono, a nostro avviso, anche l'estensione dei poteri e la forza esclusiva. Né si dica che puntualizzando la semplicità e astrattezza del diritto ne abbiamo offerto dei connotati giuridicamente poco rilevanti. Al contrario, sono gli unici che ineriscano alla struttura del diritto e ce ne forniscano un'analisi interna. Aggiungiamo: un'analisi qualitativa. Ed è, anche per la configurazione strettamente tecnico-giuridica, un passo innanzi, sia rispetto ad un'analisi interna meramente quantitativa

⁽⁴²⁾ Di Mariano SOCINI il giovane (1482-1556) si veda nei *Commentaria* (Venetiis, 1575) la *interpretatio in §. Nihil commune, l. Naturaliter, ff. de acquirenda possessione* (D. 41, 2, 12, 1).

(com'è nel caso della assolutezza), sia rispetto ad una analisi esterna che ne misura soltanto l'efficacia (com'è nel caso della esclusività).

Ci resta da tentare una risposta all'ultima domanda che sentiam premere: quando, dalla crisi e sfacelo della mentalità medievale, si è disegnato con nitidità sull'orizzonte storico una simile figura giuridica? Sappiamo che fu un itinerario lungo e faticoso e che fu, dapprima, la conquista di un'antropologia sensibilissima consegnata nelle pagine dei teologi e dei filosofi. Quando — se così è — il diritto ha registrato fedelmente ideologie e idealità nuove e ha forgiato il nuovo arnese tecnicamente rifinito verificandolo nel crogiuolo delle consolidate mentalità pregiuridiche?

Crediamo che mai come in una simile indagine la fretta anticipatrice sia fonte di luoghi comuni e di antistoriche enfattizzazioni; mai, come in questa indagine, lo storico del diritto, consapevole della sua pesantissima cura d'anime, abbia bisogno d'una doppia attenzione, al pregiuridico, nel quale le rivoluzioni culturali si compiono e nel quale prende prima forma la creatura ' proprietà ' irriducibile entro schemi unicamente tecnici, e al giuridico, cioè alle architetture costruite in base a un preciso statuto scientifico, che sono le uniche a segnalare senza equivoci il passaggio da una generica mentalità a una specifica mentalità giuridica. Duplice attenzione che si pone necessaria proprio per non continuare ad incorrere negli equivoci di cui è stata finora gremita l'indagine storico-giuridica in tema di proprietà, troppo condizionata dalla storia costituzionale dell'istituto e troppo disattenta sotto il profilo della conoscenza tecnica

Abbiam parlato più sopra di presentimenti della dottrina giuridica cinquecentesca e della estrema complessità di un vero quadrivio scientifico; dove l'immagine del quadrivio intende evocare particolarmente l'idea di uno spartiacque assai contrastato e affollato. Innanzi tutto, fa spicco una circostanza, che è generale ma che trova nella Francia il suo terreno d'elezione, che è ancora quantitativa ma che sarà greve di conseguenze anche a livello di mentalità: la sempre più marcata espropriazione dei poteri del direttario da parte dell'utilista sino a far di quest'ultimo il sostanziale ' propriétaire ' della cosa. Un simile processo consuetudinario, che è in atto da tempo nei territorii dove il feudo ha più profondamente allignato, appare concluso nel Cinquecento e la stessa scienza giuridica

(un esempio eloquente è in Dumoulin) ne prende atto; sul piano dei fatti e su quello della qualificazione è una tappa non irrilevante per la riconquista (anche se soltanto quantitativa) della unità del *dominium* ⁽⁴³⁾.

Accanto, gli umanisti tirano a lucido e mettono in mostra archetipi classici che la giurisprudenza medievale aveva sepolto e stravolto sotto il martellare della sua interpretazione evolutiva. È una dimensione ludica, cioè di altissimo gioco intellettuale, che per la prima volta viene posta in opera da giuristi, una dimensione completamente estranea al tradizionale diritto comune secondo cui il diritto è vita vissuta d'un popolo e la scienza non è pensabile se non come contributo operativo alla vita (e mai contemplazione ludica). Per la prima volta la scienza giuridica ha un *cursus* formalmente e sostanzialmente esegetico: a differenza di glossatori e commentatori che nascondevano il volto negli schemi esegetici per aver le mani libere di costruire l'ordinamento prescindendo dalla sostanza dei testi interpretati e in armonia con la vitalità dei fatti circostanti e commettendo quindi il più grosso dei tradimenti romanistici, l'*interpretatio* degli umanisti, storicistica e pertanto rigorosamente romanistica, si risolve in esegesi. Il modello elaborato in questo scrittorio cinquecentesco culto e raffinato è qualcosa di più che la rispolveratura d'un vecchio arnese, è anzi pieno di singolari consonanze e gremito di future prefigurazioni, ma è più un modello culturale che operativo, e in questa riduttiva dimensione va collocato ⁽⁴⁴⁾.

Accanto — e più significativamente dal nostro punto di vista storico-giuridico — si intravede un disagio che serpeggia nell'ambito degli stessi giuristi operativi, almeno nei più sensibili, o in quelli viventi in terreni di frontiera dove il basamento della tradizione è usurato da un'esperienza pratica e conoscitiva in rinnovazione: il caso di Zasius, su cui abbiamo creduto di richia-

⁽⁴³⁾ Abbiamo avuto occasione di puntualizzarlo in un nostro recente saggio. Cfr. P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier-Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985), p. 406 ss..

⁽⁴⁴⁾ Su questo complesso di problemi non possiamo che rimandare il lettore al volume in preparazione, di cui si fa cenno nella nota 35.

mare recentissimamente l'attenzione degli studiosi ⁽⁴⁵⁾, è estremamente istruttivo, ed esemplare della lotta fra vecchio e nuovo, della ricerca di nuovi assetti culturali e socio-economici, delle contraddizioni insomma che greminano il secolo decimosesto. Oltre questa constatazione della complessità di un tornante storico non ci sembra che storiograficamente si possa andare: il modello tecnico-giuridico operativo di proprietà è appena scalfito.

Un vecchio ritornello, recentemente ripreso con vivacità, ha voluto identificare in Pothier l'*homo novus*, il primo uomo d'una nuova sponda. Vieto luogo comune nato da ripetizioni inconsapevoli di asserzioni precedenti e soprattutto originato da una lettura frettolosa e distratta (quando non tendenziosa) della folta opera del giureconsulto orleanese sul ' *domaine de propriété*: a nostro avviso, egli ha unicamente il merito non piccolo di sistemare lucidamente quel complesso di conquiste, di intuizioni, di certezze accumulate nel corso della storia giuridica francese ma che sono già tali — e non embrionalmente — nel diritto consuetudinario cinquecentesco. Antistorico è deformare in profeta preveggenza chi fu e forse volle essere soltanto l'ultimo giurista dell'antico regime e il redattore fedele del suo testamento giuridico ⁽⁴⁶⁾.

15. Si dirà da parte di molti che questa ricerca affannosa del ' moderno ' nella storia della costruzione giuridica della proprietà, costellata, dal Trecento al Settecento, di intuizioni e presagi ma non arricchita di un nuovo modello tecnico, non potrà non arrestarsi con il *Code civil* napoleonico e lì risarcirsi appieno delle delusioni e insoddisfazioni di cui lo storico del diritto — che guardi con i suoi occhiali specifici l'itinerario precedente e vi guardi senza appagarsi di facili e superficiali sonorità — ha fatto oggettiva esperienza.

Anche a costo di sembrare a taluno il nostro atteggiamento volutamente eccentrico e smanioso di originalità, vorremmo invitare a un'analisi del *Code civil* che non deponga per un solo momento né un'orientazione di prudenza critica (coscienza cioè di trovarsi di fronte a un nodo, un problema, più che a un insieme di

⁽⁴⁵⁾ P. GROSSI, *Gradus in dominio-Zasius e la teorica del dominio diviso*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985).

⁽⁴⁶⁾ GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, cit., passim.

dati già interamente sciolti e risolti), né un'osservazione squisitamente giuridica (cioè capace di individuare i meccanismi costruttivi messi in opera dalla conoscenza giuridica con gli strumenti scientifici suoi propri). Siamo infatti convinti che, a un'analisi siffatta, il Codice, quasi che sia un palinsesto antico, può rivelare una doppia scrittura, e offrirci una testimonianza storicamente interessante, più che di una definitiva conquista, di un persistente contrasto di mentalità e della resistenza d'una mentalità assai retrodatata.

Il nostro timore è che il giurista resti abbacinato da quel maledetto articolo 544, che ha, con il suo trionfalismo, così appagato la retorica borghese dell'Ottocento da consentire ai futuri giuristi di identificare in esso il volto della nuova proprietà giuridica. Noi vorremmo che, pacatamente e senza alcun pre-giudizio, si guardasse un pò più a fondo la sistematica del Codice per quanto attiene ai diritti reali e la struttura stessa dell'articolo 544. Il palinsesto emergerà con sufficiente nitidezza.

Cominciamo dal secondo punto. Abbiamo imputato a una lettura acritica dell'articolo il bozzolo retorico in cui il problema storico-giuridico della proprietà è stato consegnato, ma è stata affermazione ingiusta: più che dell'intero testo dell'articolo, ci si è riempito gli orecchi dell'iperbole squillante che rivestiva «de la manière la plus absolue» i contenuti dei poteri proprietari, e non si è inteso altro. Non v'è tuttavia dubbio che lo stesso articolo reca palesamente una doppia scrittura; da un lato, si gigantizza all'infinito la gagliardia dei poteri; dall'altro, si abbozza, attenuando, un elenco di poteri determinati: godere e disporre.

Due anime, due mentalità, due scritture: non v'è dubbio che i compilatori del Codice e il testo dell'articolo siano ubriacati dalla retorica ottantanovarda della nuova proprietà liberata e non v'è dubbio che gli scavi della filosofia lockiana e fisiocratica abbiano uno sbocco nel Codice. Il problema per lo storico del diritto è però un altro: l'adesione al rinnovato modello filosofico-politico fino a che punto è riuscito a esorcizzare e a cacciar via la vecchia mentalità giuridica? O non si è creata una giustapposizione, quello che immaginosamente abbiám chiamato il palinsesto? Windscheid, qualche decennio dopo, avrebbe consentito sulla quantità e intensità impensabili dei poteri proprietari sul bene, ma si sarebbe ben

guardato dal tentare di individuarli; lo avrebbe ritenuto incoerente, inutile e ridicolo.

Gli è che il legislatore napoleonico è ancora uomo di frontiera, ha i suoi piedi nella terra ben assestata del vecchio regime dove si è formato ed educato, mentre le sue mani sono riempite di cose nuove. La riscoperta della unità della proprietà, filosofica e politica dapprima, anche giuridica dal 1790 in poi ⁽⁴⁷⁾, non ha però completamente cancellato la tradizionale articolazione del dominio in uno *ius disponendi* e in uno *ius utendi*, frutto di una cultura diversa e di una visione oggettiva della appartenenza, che, partendo da presupposti antitetici a quelli dei giuristi napoleonici, aveva ipotizzato come legittima la divisione stessa del dominio. E resta, in seno all'articolo 544, l'idea stonata di una proprietà come somma di poteri, come risultato della addizione di un godere e di un disporre, che avrebbe dovuto rendere accettabile l'ormai inaccettabile e inaccettato principio della divisione della proprietà.

Se qualcuno dicesse che vogliamo legger troppo e che eccediamo in questo intervento analitico, soccorre alla nostra valutazione lo stesso assetto sistematico del Codice dal quale scaturisce più d'una conferma. Prendiamo l'intitolazione dell'intero libro secondo ' Dei beni e delle differenti modificazioni della proprietà ', dove sono ricompresi il tema della proprietà e quelli dell'usufrutto, dell'uso, delle varie specie di servitù prediali. Emerge, almeno a livello sistematico, una nozione di servitù come ' modificazione della proprietà ' che è retrodatata. A Windscheid non verrebbe mai in testa di pensare a una modificazione della proprietà in forza di un diritto reale limitato; il diritto reale limitato, qualunque diritto reale, in una tipicità rigorosa e in un numero ridottissimo, è immaginato e costruito come un qualcosa di esterno alla proprietà, che dall'esterno potrà comprimerne e condizionarne l'efficacia ma che non potrà mai inciderne la struttura, modificarla. L'idea di modificazione, che è strutturale, evoca invece quella di un diritto reale che si distacca dal tessuto unitario ma composito della proprietà, e che in grazia di questo distacco modifica quel tessuto. Anche qui il palinsesto è palese.

⁽⁴⁷⁾ Ossia, com'è noto, con il decreto 15 marzo 1790 sulla abolizione del regime signoriale.

Che vogliam, dunque, dire? Che il Codice è un prodotto di antico regime? Certamente, no. Vogliam soltanto constatare che al di sotto dello sventolio delle nuove bandiere la vecchia mentalità giuridica incarnantesi in una certa costruzione del sistema dei diritti reali non si è del tutto cancellata e coesiste disarmonicamente con la nuova ideologia ottantanovarda di cui palesemente il Codice è portatore; forse più a livello inconsapevole (che è quello tipico delle mentalità), tuttavia i vecchi schemi interpretativi e costruttivi, i vecchi armamentari tecnici dimostrano la loro straordinaria aderenza alle ossa ed al cuore di questi *homines novi*, e il sistema del diritto codificato rivela qualche significativa smagliatura, qualche non smentibile incoerenza.

Che questa lettura a più strati del Codice non sia soltanto frutto di un ingegnoso artificio ma corrisponda alla pluralità di dimensioni della scienza giuridica francese dei primi anni del secolo diciannovesimo, lo conferma anche uno sguardo pur sommario a quel nutrito stuolo di giuristi che vive sotto l'ombrello del Codice ed è rappresentativo della cultura giuridica che lo ha prodotto. La scuola francese dell'esegesi in tutto il suo svolgersi da Delvincourt a Laurent continua a rivelare la duplicità dei due livelli in conflitto, quello delle dichiarazioni programmatiche e quello della ingegneria giuridica. Come abbiamo altrove segnalato ⁽⁴⁸⁾, l'ideologia non riesce ancora a impressionare completamente di sé tutto l'edificio giuridico sovrastante e a delineare un modello compiuto. Inconsapevolmente, la vecchia mentalità — che è ancora quella assai sedimentata, e perciò assai compenetrata, del diritto comune — continua a fare emergere una nozione composita di proprietà, una indistinzione qualitativa fra proprietà e diritto reale, un atto costitutivo di diritto reale limitato che viene qualificato come smembramento e il diritto reale che è colto come frazione, come frazione separata da quel fascio totale che soltanto nella sua somma è la proprietà.

16. Dove finalmente la grande attesa per il conio di un modello tecnico coerente con quello ideologico si placa, è con la

⁽⁴⁸⁾ Cfr. *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6 (1976/77), p. 216 ss. e p. 223 ss..

Pandettistica tedesca, e le anticipazioni del paragrafo precedente al lavoro dottrinale del principe dei pandettisti lo hanno fatto chiaramente intravedere. Qui la proprietà diventa la creatura giuridica congeniale all'*homo oeconomicus* di una società capitalistica progredita: uno strumento agile, scarno, funzionalissimo, caratterizzato da semplicità e astrattezza. Semplice com'è il soggetto, realtà unilineare sulla quale si modella e della quale è come l'ombra a livello dei beni; astratta come l'individuo liberato della nuova cultura di cui vuole essere una manifestazione e un mezzo validissimo di difesa e di offesa. È in questa esemplazione al soggetto che essa reclama la sua unità e la sua inscindibilità: una e inscindibile come lui, perché come lui è sintesi di virtù, capacità e poteri. Una esemplazione tanto accostante da parere quasi una immedesimazione: la proprietà è soltanto il soggetto in azione, il soggetto alla conquista del mondo. Idealisticamente, le barriere fra me e mio cadono.

Sintesi di poteri, non ha niente a che spartire con singoli poteri sulla cosa: è un potere supremo di qualità diversa che tutti li compendia e li supera ponendo l'istituto che la incarna al di sopra delle grossolane forze economiche; dalla sua natura sintetica acquisisce il tratto inconfondibile della semplicità. Il diritto reale limitato è qui soltanto un accidente che può interferire nella sua vita, però sempre dall'esterno e sempre e soltanto sulla proiezione dell'efficacia senza alcuna possibilità incisiva sul monolito proprietario. La proprietà e lo *ius in re aliena* appartengono a due universi sorretti da ragioni diverse ed opposte, sono sul piano logico e storico due dati antitetici.

Sintesi di poteri, non ha un contenuto precisabile e gli ripugna ogni definizione contenutistica. La sua astrattezza è totale: astratto ne è il soggetto titolare e astratta è la sua linea portante con una capacità illimitata a tollerare i contenuti più varii; da qui la ridicolezza di chi avesse cominciato ad elencar poteri.

Questa costruzione giuridica senza ambiguità, discendente ragionevolmente in ogni suo aspetto dalle premesse programmatiche di indole etico-politica, è un merito storico della Pandettistica matura; un merito oggettivo perché finalmente, con questa grande operazione dottrinale, la società borghese può conclamare di avere anche sul piano giuridico una proprietà autenticamente borghese, di

avere dopo troppi secoli mandato in soffitta il modello tecnico medievale e averlo sostituito con uno nuovo di zecca.

Come l'affermazione di una libertà e di una uguaglianza formali erano state gli strumenti più idonei per garantire all'*homo oeconomicus* la disuguaglianza di fatto delle fortune, così questa proprietà 'spiritualizzata' si sarebbe concretata, in grazia delle sue illimitate possibilità trasformistiche, nella pietra filosofale della civiltà capitalistica: la più povera, la più disincarnata delle costruzioni giuridiche si sarebbe dimostrata un mezzo efficientissimo per cangiar tutto in oro, strumento puntuale per ogni tipo di mercificazione.

Franz Wieacker, indagatore acuto del pensiero giuridico ottocentesco e forse il primo storico del diritto che abbia messo in luce il vincolo fra Pandettistica e società economica della rivoluzione industriale, è convinto della incapacità per uno stuolo di 'romanisti' di «rendersi conto di questo segreto accordo con la società del suo tempo» (49). Convinzione, se ci consente l'illustre e caro amico, che ci sembra pleonastica o, peggio ancora, inutile. La sintonia è indubbiamente al livello sotterraneo delle mentalità, in quel filo conduttore che corre più nel subconscio che nel consapevole. Certo è che, col sussidio — e anche con qualche ingombro (50) — offerto dal fungibilissimo istrumentario romano, essi conseguono con pienezza il risultato rilevante di rompere col passato, non soltanto elaborando invenzioni tecniche, ma sostituendo una cultura giuridica alla vecchia. La frontiera fra ieri e oggi diventa un confine fermissimo e il 'moderno' del diritto acquisisce compiutezza speculativa.

L'avventura dell'appartenenza può per lo storico dirsi conclusa. La crisi che ha investito lo *abstrakte Eigentum* dei pandettisti fin dalla riflessione civilistica fra le due guerre e che inizia con la reimmersione della proprietà in mezzo alle cose e la riscoperta de *le* proprietà, è un itinerario che giunge ininterrotto fino a noi, che stiamo ancora vivendo e che sentiamo bruciare sulla nostra pelle.

(49) F. WIEACKER, *Pandettistica e rivoluzione industriale* (1968-69), ora in *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983 (trad. ital. di G. Liberati), p. 84.

(50) La tradizione romanistica pesa condizionante soprattutto in tema di oggetto della proprietà. Windscheid si sente in dovere di insegnare senza una perplessità: «Eigentum bezeichnet, dass jemandem eine (körperliche) Sache eigen ist» (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, B. I, Frankfurt am Main, 1906⁹, §. 167, p. 856).

Per lo storico è tempo di arrestarsi. E non perché non abbia parole appropriate da dire: il volto antico di questo presente in formazione e di questo futuro che si profila gli consentirebbero una piena cittadinanza nel cantiere affollato. È che egli si sente a disagio di fronte a una vicenda monca e incompiuta, egli avvezzo alla compiutezza d'una esistenza vissuta fino all'estremo; e di fronte alla rissa incomposta ha ripugnanza per i trasporti emozionali che attenuano la limpidezza dello sguardo, egli avvezzo a leggere serenamente nei corpi morti i principii perenni della vita. Lascerà il suo cantuccio umbratile non appena la burrasca sarà placata, e il fondo delle cose si farà di nuovo trasparente.

Lecture

Pietro BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, Torino, Borin-ghieri, 1987, pp. 153.

I.

Un dato di partenza risulta evidente: la perfetta simmetria tra la convenzionalità dell'ordine giuridico, da una parte, e l'artificialità del mondo moderno — come «forma di vita» complessiva — dall'altra. L'ordine giuridico convenzionale, caratterizzato dal suo netto formalismo, riflette senza dubbio il mutamento epistemologico epocale che ebbe origine in Europa fin dal XVII secolo, da cui è generato. Ma è anche vero, in senso inverso, che è il mutamento epistemologico del moderno ad essere reso in gran misura possibile da un'elaborazione concettuale, una ricognizione di nuove categorie teoretiche ed operative, sviluppatasi internamente all'ambito scientifico del pensiero giuridico. Meccanismi intellettuali posti in essere dal ceto dei giuristi e meccanismi materiali posti in essere dalla nascente economia di mercato convergono insomma — con priorità alterne — nell'opera di aprire il cammino a quell'antropologia individualistico-possessiva che sorregge il progetto del 'moderno', ovvero che rende possibile l'affermarsi della dimensione del moderno intesa essa stessa come progettualità razionale.

Razionalità (o 'ragionevolezza') del progetto, si è detto. Alla base tanto dell'ordine giuridico convenzionale quanto dell'assunzione del mercato quale formazione economico-sociale dominante sta infatti la potente azione razionalizzatrice di una *d e c i s i o n e c o s t i t u t t i v a*, che scioglie l'individuo da ogni precedente vincolo comunitario per consegnare la sua libertà alla completa autonomia del sistema economico. Come osserva Barcellona, «la norma giuridica organizza strutturalmente la contraddizione e la media attraverso la costruzione della soggettività giuridica e della proprietà privata individuale, attraverso cioè la costruzione dell'astratto soggetto di diritto e attraverso la configurazione della natura come *res* disponibile, appropriabile e trasformabile» (p. 12).

Le teorie di Macpherson su soggettività e mercato sono note. Ai loro significativi svolgimenti si dovrebbe aggiungere l'analisi di un autore che Barcellona stranamente tralascia di considerare, e che pure ha molte cose da dire sull'intero argomento. Mi riferisco a Pasukanis,

ed in particolar modo agli importanti capitoli III e IV della sua opera *La teoria generale del diritto e il marxismo*, intitolati rispettivamente *Rapporto e norma* e *Merce e soggetto*. Quando Barcellona afferma correttamente che «il concetto di proprietà come forma generale della disponibilità delle cose ad essere possedute, trasformate e consumate, diventa norma di funzionamento dell'intera società e dei rapporti umani che vengono così definitivamente consegnati all'astrazione costituente, all'estrema artificialità dell'autonomia della sfera economica» (p. 13), verrebbe naturale richiamarsi alla lucida connessione stabilita dall'analisi di Pasukanis tra autonomia dell'economico e libertà civile del soggetto: «Caduto in servitù dei rapporti economici che si costituiscono alle sue spalle nella forma della legge del valore, il soggetto economico riceve, per così dire, in compenso — come soggetto giuridico — un raro dono: una volontà giuridicamente presunta che lo fa assolutamente libero ed eguale tra gli altri possessori di merci come lui. " Tutti debbono essere liberi e nessuno deve violare la libertà dell'altro ... Ogni uomo possiede il proprio corpo come libero strumento della sua volontà " (Fichte). Ecco l'assioma da cui procedono i teorici del diritto naturale. E questa idea della persona isolata e chiusa in sé, questo ' stato di natura ' da cui scaturisce un *Widerstreit der Freiheit ins Unendliche*, corrisponde pienamente al modo di produzione mercantile nel quale i produttori sono formalmente indipendenti l'uno dall'altro e non sono tra loro connessi se non da un ordine giuridico artificialmente costruito» (*op. cit.*, traduz. ital. in STUCKA, PASUKANIS, VISINSKIJ, STROGOVIC, *Teorie sovietiche del diritto*, Milano 1964, p. 159, spaziatto mio).

Ma ciò che va inoltre sottolineato, in questa fenomenologia di una società fatta di liberi soggetti proprietari, è il dato interessante del venir meno — sul piano dei giudizi collettivi che accopagnano comportamenti materiali — di quella che Austin avrebbe chiamato una *positive morality*, vale a dire di quella specifica etica collettiva che informava di sé i gruppi organici della società pre-mercantile. Questa considerazione assume un certo rilievo se si pensa che in tali precedenti forme organiche di vita sociale (si ricordi il saggio fondamentale di Laslett su «*the world we have lost*») vigevo un collegamento effettivo, concreto, tra il diritto positivo e la giustizia di ceti — collegamento che il formalismo giuridico moderno avrebbe eliminato drasticamente avviandosi a vedere nel diritto sempre più una tecnica ed uno strumento di controllo sociale «fondato su meccanismi automatici e non sulla coazione personale» (p. 16). È qui che va rinvenuta l'origine dell'«effetto spaesante» insito nell'etica convenzionalistica moderna (su cui vedi POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, vol. I, pp. 91 ss.). Da Hobbes a Kelsen potrà dispiegarsi quella inarrestabile linea di tendenza «che segna il massimo divorzio tra la concezione del diritto come tecnica di controllo sociale e la concezione della giustizia come

realizzazione di un fine sostanziale, di un valore condiviso e perseguito da tutti» (p. 17). Ed in effetti, come prosegue Barcellona, «il divorzio tra diritto e giustizia corrisponde ... al tipo di unificazione che il diritto deve realizzare per mantenere in vita il politeismo dei valori. Come il diritto si separa dalla giustizia, così la norma si separa dalla verità. Nessun valore della giustizia, come nessuna verità assoluta, è vincolante» (*ivi*).

Certo, l'organicismo antico non risolveva, ma mascherava soltanto — impedendole di apparire — la realtà del conflitto tra diritto e giustizia, tra norma e verità. La giustizia poteva essere *m a t e r i a l e* solo a patto di essere 'di ceto': l'acquisizione moderna del suo carattere irrinunciabile di *u n i v e r s a l i t à* avrebbe distrutto poi ogni organicismo, rendendolo obsoleto. La logica, giuridica e politica, che sorregge l'azione dello Stato moderno è — come mostra l'OAKESHOTT di *On Human Conduct* — una logica associativa assolutamente non organicistica, fondata su regole procedurali, nonché «senza contenuto», ovvero senza un fine sostanziale da perseguire in comune. Questo il carattere che giustamente Oakeshott ascrive alla *societas* quale modello diametralmente opposto all'*universitas*, che si fonda invece sulla realizzazione di un fine sostanziale comune da parte dei membri (sull'esempio della chiesa o della società commerciale). Barcellona avvia un'analisi interessante ed essenziale del processo che vede la norma diventare semplice regola del gioco, «di un gioco giocabile da tutti» (p. 18). «Consumata definitivamente l'idea di fare affidamento su una qualche verità eterna e immutabile, su una qualche ragione universale, non resta che affidarsi alla labile contingenza degli *a c c o r d i c o n t r a t t u a l i* e dei *p a t t i s o c i a l i*, con i quali i singoli individui decidono di fissare un margine ai loro illimitati desideri ... L'idea del giusto è ormai fuori dalla portata del diritto. Il nuovo nomos della terra è anzi quello che realizza definitivamente il massimo di distanza da ogni problema di giustizia, giacché ciò condurrebbe inevitabilmente a quelle determinazioni assolute che il politeismo dei valori costitutivamente respinge» (...). «Il nomos della terra è ormai *p u r a r e g o l a d e l g i o c o*. Ma, come ogni regola del gioco, è *p r i v o d i d i g n i t à o n t o l o g i c a*, è solo *p r o c e d u r a* che seleziona le soluzioni secondo un calcolo di convenienza e di opportunità. Nell'epoca della dismisura del desiderio e della massima artificialità dell'ordine, il diritto diventa una pura tecnica di controllo o forse l'espressione di una volontà di parte. Il problema della giustificazione delle norme, del 'perché le norme?', diventa un problema irrilevante» (*ivi*, spaziate miei).

Riconoscere nello Stato moderno l'idealizzazione di una volontà di parte significa riandare alla genesi seicentesca della forma-Stato, là dove a 'farsi Stato' era la volontà di una parte più forte, uscita dal dissidio delle guerre civili di religione. Inizialmente lo Stato era

apparso quale emanazione di una parte, un partito: quale l'immagine più potente del 'partigiano' (1). Come appare ovvio, riconoscere realisticamente tutto ciò vuol dire eliminare alla radice il mito sacrale della sovranità, demitizzarlo senza via di scampo, evitando di porre la questione del riconoscimento giuridico del potere nei termini di una giustificazione più o meno trascendente del rapporto di forza. Il pensiero della sovranità e della giustificazione del potere in base a un 'titolo' è residuo antico-europeo, direbbe Luhmann, soppiantato già da tempo nei fatti dalla *Legitimation durch Verfahren*: da un'autolegitimazione del sistema in base a procedure effettive decise e messe in atto dal sistema stesso. Parola chiave della prospettiva struttural-funzionalista luhmanniana è allora, come è noto, l'autoreferenzialità del sistema, che abolisce ogni residuo di giustificazione secondo il valore, giudicandolo ingenuamente antropomorfo. «Sembrirebbe che il diritto sia ormai interamente assorbito dalle strategie che la tecnica mette a disposizione dell'agire individuale e collettivo e che il sistema giuridico abbia trasferito sul sistema tecnologico, sulla tecnologia sociale, la sua virtù miracolosa di tenere unito il molteplice e il diverso. ... C'è una parentela assai stretta tra la logica giuridica alla Kelsen e la logica sistemica» (p. 19). Ed ancora: «Kelsen tenta di fondare un sistema giuridico senza soggetto e una democrazia senza custode: la normatività come sistema autoconcluso; la democrazia come procedura libera dal 'naturalismo' di ogni pensiero causalista o sostanzialista ... Kelsen costituisce il più grande tentativo di immunizzare il sistema normativo dalla dialettica tra legalità e giustizia: l'aporia è eliminata trasformando il sistema normativo in sistema ipotetico; il sistema funziona come se fosse fondato. Il compito dell'ordinamento non è quello di realizzare un qualche contenuto materiale di giustizia, ma di mettere ordine nel mondo del caso e del divenire» (p. 58). Questa, di ridurre la presenza del valore nel sistema a un puro 'come se' (*als ob*), è a mio parere la più perfetta definizione del convenzionalismo etico-politico moderno. Ma se la mossa strategica kelseniana consiste, in quest'ottica, nel dissolvere il nucleo empirico del principio democratico in un generico formalismo procedurale (p. 59), allora deve dirsi che ogni progetto di 'reale' giustizia distributiva resta definitivamente precluso nell'ottica funzionalistica: liquidato quale versione laica e secolarizzata di un'idea sociale di giustizia resa completamente impraticabile.

Eppure, nota acutamente Barcellona, era stata proprio l'artificialità dell'ordine giuridico al momento del suo sorgere, la sua trasparenza

(1) L'esperienza dei *politiques* francesi alla fine del XVI secolo è solo un mascheramento ideologico neutralistico di questa realtà. Per questo è destino dello Stato incontrare ancora, schierati contro di sé, partigiani: si tratta di una sorta di nemesi che corrisponde ad un 'peccato originale' ben definito.

formal-procedurale, a creare le premesse per un'azione sociale ' sostanzialmente ' (e non solo ' formalmente ') democratica. Ciò aveva potuto avvenire poiché quella trasparenza rendeva visibile la casualità e la contingenza delle posizioni di potere sociale: anche la differenza tra proprietari e non proprietari appariva così priva di giustificazione. L'artificialità e la convenzionalità dell'ordine mettevano a nudo in tutta la sua arbitrarietà la natura sostanzialmente decisionale del diritto (p. 55), precedentemente mascherata dai rapporti organici della società preindustriale.

Barcellona giunge in questo modo a definire lucidamente quello che è il «paradosso dell'eguaglianza»: il fatto che l'eguaglianza formale fa emergere le diseguaglianze sostanziali senza però poterle superare nel quadro del sistema dato. L'eguaglianza sostanziale, continua Barcellona, «non può essere un correttivo dell'eguaglianza formale; è anzi il suo c o n t r a r i o proprio perché ripropone il primato della sostanza sulla forma ... Il principio di eguaglianza sostanziale è la negazione della positività del diritto, e cioè del carattere autofondato delle regole imposte, proprio perché implica il riferimento a ... elementi metapositivi e cioè di diritto naturale». «Sotto quest'aspetto l'eguaglianza non è ... una formula vuota o un principio indeterminato, ma il perno costitutivo, il principio regolatore di un nuovo ordinamento sociale e degli istituti che ne garantiscono il funzionamento» (pp. 42-44). Sorge invece il dubbio che in realtà si tratti qui soltanto di quello che Gianfranco Miglio chiamerebbe utilizzazione di un m i t o politico, ovvero ricorso ad un'immagine utopica (nel senso letterale, di 'priva di luogo' entro il sistema) e perciò fittizia, utile senz'altro alla mobilitazione ideologica, ma ovviamente incapace di produrre ordine ' nuovo '.

Del resto Barcellona riconosce correttamente come la decisione politica «non sia in realtà fondabile sul principio democratico» (pp. 61-62), e definisce anzi questa come la «contraddizione costitutiva della democrazia», in base alla quale la democrazia, che «secondo la sua idea, vuol essere libertà», è possibile «solo in presenza di un ordinamento obbligatorio e vincolante di una volontà diversa da quella dei singoli individui». In altre parole, il fondamento della democrazia — ovvero il principio della libertà come autodeterminazione dei cittadini — si oppone proprio a quel vincolo, a quell'assoggettamento che solo lo rende possibile (p. 62). La democrazia perciò «non riesce a dominare e a normare la politica» (p. 63).

Ne segue l'immagine di un sistema praticamente inattaccabile da istanze interne di giustizia, ed il cui modello di funzionamento è costituito — come sostiene Luhmann — da «un codice di simboli generalizzati che regola la trasmissione di prestazioni selettive». Il potere viene cioè visto come s t r u t t u r a d i c o m u n i c a z i o n e non scalfibile da alcun progetto di riforma ' sostanziale ', il

quale suonerebbe quasi patetico. Di qui l'inconcludenza, tra l'altro, dell'appello al valore dell'uomo e delle teorie neocontrattualistiche: alla logica sistemica non si può opporre «l'indifferenza per il problema della giustizia, per il problema di nuovi diritti della persona ecc., giacché questi problemi non sono 'dicibili', declinabili dentro detta logica» (pp. 70-71). Con le parole di Barcellona: «più questa società ha bisogno di essere regolata giuridicamente e più la giustizia appare lontana e indicibile» (p. 19).

II.

La principale linea interpretativa che percorre il saggio di Barcellona è data dall'analisi del passaggio dal sistema della proprietà come determinazione personale (c.d. fase del 'moderno') all'individualismo proprietario di massa, o individualismo del consumo (c.d. fase del 'post-moderno'). L'imperativo è ormai quello di «liberare la proprietà da ogni determinazione personale», trasformandola in struttura economica impersonale: «Il *proprium*, che prima definiva l'appartenenza e l'insieme delle relazioni personali che ad essa inerivano, adesso diventa proprietà anonima» ... «la proprietà cessa di essere una qualità personale e diventa una forma della soggettività» (p. 37). È questa la «vocazione possessiva dell'individualismo di massa» (p. 39).

Barcellona inserisce a questo punto una critica, per la verità meno chiara, degli esiti del trapasso dall'esperienza moderna a quella 'postmoderna'. Dopo aver osservato come ci sia «una sostanziale solidarietà tra il progetto giuridico di neutralizzazione del conflitto e di riduzione del diritto a pura trama di forme che s'intrecciano, il progetto scientifico di ridurre l'esperienza dell'accadere a calcolo probabilistico e il progetto filosofico di prendere congedo dalla modernità e di abbandonarsi alla 'dolcezza' della situazione esistenziale» (p. 28), Barcellona osserva che «c'è qualcosa che non convince in questo prendere congedo dalla modernità, in questo smarrirsi nella debolezza della dimensione esistenziale» (p. 29). «Il postmoderno è ... una filosofia dell'adesione, della debolezza compiaciuta, dello scarico di responsabilità: una vera e propria filosofia della totalità massificata» (p. 30). Si ha così l'impressione che Barcellona istituisca un troppo facile collegamento svalutativo tra quello che egli definisce «individualismo del consumo massificato» e pensiero debole postmoderno (Vattimo, Lyotard). Il collegamento è invece tutt'altro che scontato, soprattutto tenendo conto dell'indubbio valore 'descrittivo' che il c.d. pensiero debole ha nei confronti dell'esperienza postmoderna, onde non è possibile appiattare l'una sull'altra l'analisi teorica di un'esperienza concreta e l'esperienza stessa analizzata, confondendole in una medesima indi-

scriminata condanna. Credo insomma che Barcellona esageri nell'assimilare polemicamente la seria indicazione teoretica 'postmoderna' dell'indebolimento del soggetto ad una fuga e ad un «abbandono alla dolcezza della situazione esistenziale». Più interessante e fondata è invece l'analisi degli effetti giuridici dell'«individualismo del consumo di massa», in particolar modo sul regime della proprietà privata. Qui Barcellona osserva che «le condizioni di funzionamento dell'eguaglianza formale, diritto eguale, sono in pratica rappresentate dalla possibilità di pensare l'intera esperienza sociale in termini di *u a l i*» (p. 51). Vi è infatti una scissione netta tra l'ordine convenzionale in quanto versione sofisticata di formalismo giuridico ed i contenuti sociali in quanto 'bisogni' da governare. L'ordine convenzionale infatti, quale modalità specifica di governo dei processi sociali, mostra come le forme ordinatrici siano *i n d i p e n d e n t i e s e p a r a t e* dai contenuti sociali su cui esercitano il comando. Ma allora l'unificazione della società appare ridotta davvero ai minimi termini, resa fragile ed occasionale dal dualismo che la pervade, nonché dal concorso di troppi fattori disequilibranti: «È vero infatti che l'unità sociale nel tempo del relativismo etico e della fine del fondamento metafisico è pensabile solo come unità giuridica, unità dell'ordinamento delle regole del gioco, ma è anche vero che questo modo di pensare l'unità è l'unico compatibile con il politeismo dei valori e più ancora con la disegualianza dei possessi: solo riducendo la proprietà e il possesso di beni ad un fatto assolutamente privato e contingente è possibile pensare alla 'forma' dell'unificazione in termini di puro dover essere ...» (*ivi*).

Ad un soggetto 'debole' corrisponde qui una forma altrettanto 'debole' di unificazione sociale. Elemento estremamente interessante del saggio di Barcellona è allora a questo punto l'analisi del *p r o c c e s s o d i o g g e t t i v a z i o n e* del soggetto proprietario nella struttura economico-sociale, che assorbe la soggettività personale dopo averne prodotto l'estremo indebolimento. L'ipotesi interpretativa di Barcellona è che questo processo di oggettivazione, che si presenta come scomparsa del soggetto, «sia in realtà il compimento estremo di un 'progetto', ... un progetto riconducibile a una sorta di metamorfosi del soggetto primario — il borghese proprietario — che imprime per così dire al processo la direzione di marcia e poi si lascia assorbire e includere nei meccanismi oggettivanti per essere restituito alla fine in termini apparentemente diversi e tuttavia segnati da quell'origine» (p. 79).

Non vedo, francamente, in che cosa questa ricostruzione si discosti da quella da me proposta in altra sede (nel mio *Ordine convenzionale e pensiero decisionista*, Milano 1981), riguardo all'evoluzione della soggettività etico-politica moderna a partire dal paradigma culturale del libertinismo seicentesco. Sostenevo allora che il soggetto moderno fosse avviato, dopo l'iniziale autoaffermazione quale entità assoluta e

irrelata, a perdersi sullo sfondo fino a venir riassorbito nell'impersonalità funzionalistica del processo. Ma Barcellona non ritiene abbastanza convincente la mia ricostruzione, rimproverandole di prestare eccessiva attenzione ai dati 'spirituali' — o, se si preferisce, psicologici ed intellettuali — rispetto a quelli strutturali e materiali. Per Barcellona «la fenomenologia dell'oggettivazione non è riconducibile ad un mero deperimento dei valori comunitari e del concetto di responsabilità etica e personale; è casomai vero il contrario, e cioè che i mutamenti intervenuti sul piano dei rapporti economici, sociali e politici ... hanno inciso anche sugli stili di vita e sull'immaginario individuale e collettivo, rendendo inoperanti le tradizionali 'versioni umanistiche' che ne hanno legittimato le origini» (pp. 86-87).

Non credo di aver sostenuto in quelle mie pagine nulla in contrario, anche se continuo a pensare — è vero — che una troppo netta assegnazione di priorità al dato strutturale può poi far perdere di vista la questione — niente affatto trascurabile, e cui lo stesso Barcellona appare sensibile — della responsabilità etica personale e collettiva, nonché degli effetti indotti a livello di coscienza comune: di ciò che in apertura avevo, in una parola, chiamato *positive morality*, a torto considerata mero epifenomeno. Concordo comunque con Barcellona nel ritenere la logica moderna essenzialmente come *Logica possessiva*, là dove la struttura stessa del logos è collegata all'idea di *proprium*, stabilendosi — come Gargani ha recentemente suggerito — una concezione dell'identità individuale come «aspirazione alla proprietà che vorremmo avere sulla stessa vita prima ancora di viverla» (la citaz. da GARGANI, *Il sapere senza fondamenti*, Torino 1975, è a p. 112). Concordo altresì con Barcellona nel vedere un rapporto di sostanziale *continuità* tra l'individualismo originario del diritto di proprietà privata e di libera iniziativa e l'individualismo di massa dell'uomo «narcisisticamente orientato verso un'infinita gratificazione dei propri desideri» (p. 121). L'ipotesi è che sia avvenuto essenzialmente un *passaggio di fase*, che vede la proprietà, da qualità determinante (intesa in senso forte come estrinsecazione creativa, proiezione spaziale dell'identità individuale: si pensi al § 41 dei *Lineamenti di filosofia del diritto* di Hegel, che definisce la proprietà come «sfera esterna» della libertà della persona ...), trasformarsi in principio organizzativo del sistema. Adesso, come riassume efficacemente Barcellona, «è il sistema che è proprietà» (p. 123).

Tornando al tema degli sviluppi della soggettività etico-politica moderna, potremmo parlare a proposito dell'«incorporazione del soggetto nel sistema», cui fa cenno Barcellona (pp. 130-131), di un'avvenuta «eutanasia» del soggetto. Ciò comporta allora il dover ammettere l'irreperibilità di ogni elemento personale nella logica dell'imputazione dell'agire sociale e, ovviamente, la completa distruzione di quel mito politico della soggettività trasformatrice la credenza

nel quale appariva necessaria a tutti i movimenti politici organizzati, dall'Ottocento ad oggi. Se si recide il legame tra substrato personale collettivo ed azione sociale, imputando l'azione sociale all'impersonalità di una logica funzionalistica, come possono più tali movimenti pensare la «messa in forma politica» delle loro istanze, specie quando queste ultime risultino — anche solo in parte — incompatibili con il sistema? È su questo punto che ogni movimento di trasformazione incontra oggi l'ostacolo più serio e, sarei portato a ritenere, insormontabile.

Per questo suona strana e sorprendente la conclusione, che non si esiterebbe a definire neogiusnaturalistica, di Barcellona, tutta tesa — dopo aver correttamente posto l'accento sul concetto di «emergenza» e di «governo dell'emergenza» (p. 132) — alla ricerca di «un nuovo pensiero che assuma la sofferenza umana e la miseria dei rapporti come punto di rottura degli equilibri sistemici», fino a sostenere che «le nuove forme del dolore umano sono forse l'annuncio di un cataclisma della persona che ... può aprire la strada ad un nuovo itinerario dell'emancipazione» (p. 137). Non ci vuole molto a rilevare la vaghezza di concetti come «struttura della sofferenza umana» e «nuove forme del dolore umano», carichi senza dubbio di forza suggestiva di stampo neogiusnaturalistico, ma purtroppo chiusi nell'ambito di una tensione morale che non riesce a tradursi — e *pour cause* — in termini politici. Barcellona sembra avvicinarsi a quest'ultima consapevolezza realistica allorché si chiede esplicitamente: «può una condizione esistenziale transitare verso una forma politica? ... Può esserci uno spazio politico per una decisione che non abbia forma acquisitiva?» (*ivi*).

Inutile dire che l'interrogativo resta indecidibile, in termini così astratti. Dubbi — e dubbi fortissimi — nascono allorché si tende a storizzarlo ricorrendo al pathos di categorie assai poco nette. Allora non ci si riesce a sottrarre all'impressione di essere di fronte ad una debole appendice retorica aggiunta ad un'analisi che — in virtù della sua solidità — avrebbe dovuto condurre ad altre, ahimé più realistiche, conclusioni.

EMANUELE CASTRUCCI

Floriana COLAO, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da «delitto fittizio» a «nemico dello Stato»* (= Quaderni di «Studi senesi», 59), Milano, Giuffrè, 1986, pp. x, 407.

1. Il volume di Floriana Colao offre l'occasione per numerose considerazioni, ma ha soprattutto un pregio che merita rilevare. Esso consiste nel modo misurato e sicuro col quale il tema, intriso già nelle

fonti di pregiudizi polemici, viene riportato sul terreno storiografico, senza con ciò rinunciare a una ragionata ispirazione civile.

L'esperienza recente e traumatica, non solo in Italia, del terrorismo e della legislazione d'«emergenza», con le conseguenti pratiche giudiziarie e amministrative, costituisce difatti lo stimolo trasparente per misurare consistenza e spessore dell'atteggiamento garantista che connotò i primi passi dello Stato unitario e per seguire gli svolgimenti, tutt'altro che univoci, del diritto penale dall'unità al fascismo sul terreno specifico delle modalità di controllo e di repressione della conflittualità politica. Attraverso l'ottica del binomio libertà civili/sicurezza dello Stato e del governo, variamente combinate dai contemporanei o poste in contraddizione tra loro, si viene così disegnando un profilo complessivo della penalistica italiana tra otto e novecento, che sostanzialmente mancava nella storiografia, benché essa rappresenti un momento di alto rilievo scientifico e di insoliti apprezzamenti stranieri.

Anziché l'intero arco dei «delitti contro lo Stato», che avrebbe imposto all'indagine una prevalente prospettiva dogmatica, col rischio di appiattirne la dimensione storica, vengono presi in considerazione i «riflessi penalistici del rapporto conflittuale Stato/antagonismo politico» (p. VII), i fatti di reato commessi da soggetti esclusi dai meccanismi del potere al fine di produrre un mutamento nell'assetto politico dello Stato stesso. Ciò consente di cogliere alcuni tratti salienti dell'ideologia borghese tra i due secoli e di porne in luce continuità e fratture nel passaggio dal regime liberale a quello fascista.

Il codice Zanardelli del 1889, sbocco normativo di una lunga preparazione fortemente influenzata dai principi del liberalismo, si presenta come un testo indubbiamente avanzato, nel panorama europeo, nel delineare una nozione distinta di delitto politico, rispetto al delitto comune, e più favorevole al reo. In armonia con le idee scaturite nell'«età delle rivoluzioni», la norma penale viene concepita, più che rivolta a punire il dissenso, a tutelarne la libera espressione, purché aliena da «eccessi» ed incanalata in forme istituzionali. Preoccupazione emergente sembra quella di porre il cittadino al riparo da abusive prevaricazioni dei poteri pubblici, imponendo controlli e precisando responsabilità, e la figura del «delinquente politico» appare in sostanza disegnata soprattutto sulla falsariga della lunga esperienza risorgimentale di opposizione al dispotismo dinastico ed alla occhiuta tirannide della Restaurazione.

Si profila così una normativa più attenta a proteggere giuridicamente le libertà, che ad assicurare ad ogni costo la stabilità dei rapporti politici: per esempio in materia di reati commessi dall'esecutivo, di estradizione, di configurazione persino del regime carcerario dei rei. «Il codice ipotizza insomma un delinquente politico espresso dalla classe borghese, o da un ceto intellettuale; individua nella scrittura e nello studio l'occupazione specifica del condannato» (p. 9).

Un'analisi ravvicinata del testo consente tuttavia all'a. di individuare incertezze e contraddizioni non lievi. La scelta stessa di eludere, da parte del legislatore, una definizione del concetto di delitto politico, lasciandone il compito alla dottrina e alla giurisprudenza, oltre ad aprire varchi assai ampi all'inapplicazione pratica dei principi, è indice di per sé di un contrasto irrisolto tra tutela delle libertà e difesa dell'assetto sociale. Tendenze compromissorie, non sempre felici, si manifestano perciò con tutta evidenza sia nella fase preparatoria del codice, sia nel dettato definitivo, che nella parte speciale contiene numerose disposizioni derogatorie. È dunque persuasiva la conclusione cui approda l'esame di singole fattispecie: «Nel dettaglio della parte speciale il codice Zanardelli mostra di risolvere il contrasto tra tutela del 'diritto politico' e garanzia della 'sicurezza dello Stato' (cioè del potere politico), a favore di quest'ultima. Sono infatti soprattutto l'indeterminatezza e la genericità delle scelte tecniche relative ai delitti contro lo Stato e contro l'ordine pubblico a 'compromettere' l'impianto generale garantista del codice, forse anche oltre l'intenzione del legislatore del 1889» (p. 26).

2. Una netta smentita di tale impianto, che ha un suo cardine nell'escludere ogni potere discrezionale, sta nel permanere, nella sistematica dei delitti politici di fine ottocento, accanto al «magistero penale», del «magistero di polizia», che ha un campo d'azione molto più vasto e modalità di applicazione tipicamente discrezionali, proponendosi la soppressione o l'impedimento dei fatti sociali nocivi all'ordine pubblico. L'a. può mettere agevolmente in risalto la radice risalente delle pratiche illiberali di «polizia», come pure il loro inasprirsi o attenuarsi in rapporto con l'acuirsi o lo stemperarsi della tensione sociale, piuttosto che con il definirsi del quadro legislativo. Non di rado, infatti, le disposizioni stesse del legislatore sono estese nel loro vigore repressivo e adoperate anche a carico di gruppi sociali e politici non espressamente previsti. È il caso dei «vagabondi», degli individui senza lavoro e senza fissa dimora, o definiti genericamente «pericolosi», ma anche degli internazionalisti e dei socialisti, cui si tende a comminare misure preventive predisposte dalle leggi speciali antianarchiche. In sostanza, sul finire del secolo, si può registrare uno scarto vistoso tra principi ideali del sistema penale liberale e gestione concreta dell'ordine pubblico (pp. 35-36).

Un andamento non dissimile seguono i comportamenti della magistratura, indagati dalla Colao con sondaggi appropriati e convincenti, non soltanto sulle pronunce giudiziarie, ma anche sui dati del ministero di grazia e giustizia, delle procure generali, delle prefetture (p. 43 ss.).

L'allarme, che si genera in conseguenza del fenomeno anarchico, induce ad appelli concitati per ripristinare l'ordine, non certo ininfluenti, sebbene contrastati da coscienze più pensose e pacate.

Accanto ad essi, con le leggi speciali, le proclamazioni di stato d'assedio e il rinvio dei reati politici alla competenza dei tribunali militari — provvedimenti peraltro il cui carattere lesivo della legalità costituzionale è denunciato tempestivamente sia dalla pubblicistica, sia dalla dottrina più rigorosa —, si produce un mutamento consistente nel profilo complessivo dell'ordinamento, con uno spostamento dell'asse delle singole istituzioni e del medesimo senso comune con cui sono avvertiti i criteri ispiratori della penalità.

Alle pratiche più scopertamente derogatorie, all'evidente tendenza, che miete successi, a legare all'esecutivo l'ordine giudiziario, si affianca un lavoro tecnico, tutt'altro che rudimentale, il quale, dalle sedi proprie della giurisdizione, riversa nel campo delle riflessioni dottrinali materiali ed elaborazioni capaci di ridisegnare i contorni delle fattispecie più rilevanti: l'istigazione a delinquere, l'apologia di reato, il vilipendio, i «delitti di folla». L'orientamento predominante è a declassare l'antagonismo politico a delinquenza comune, ad annullare le differenze, sul piano sostanziale e processuale, che i codici liberali avevano inteso marcare.

La magistratura di fine secolo contribuisce così in prima persona a potare decisamente i fragili rami garantistici del diritto penale espresso nel pieno della stagione liberale (p. 69).

3. Simili svolgimenti, tuttavia, non appartennero solo alla «pratica» giudiziaria e amministrativa, né furono propri dell'Italia soltanto, ma investirono appieno il pensiero penalistico europeo, nel quale l'italiano ebbe forte rilievo, e l'insieme di ideologie che intorno ad esso si vennero precisando. A ragione, quindi, l'a. inserisce un denso capitolo sulle «ideologie penalistiche» a partire dal secondo ottocento, che sostituisce opportunamente sintesi troppo parziali e troppo invecchiate (pp. 71-164).

La rappresentazione, tradizionale e schematica, di una successione tra «scuole», governata da sequenze meccaniche, lascia il posto ad un quadro più mosso e più congruo di intrecci e di slittamenti, di confronti e trasposizioni, a volte non rigorosi ed «eclettici», ma pur sempre dettati da problemi reali, da esigenze di comprensione più piena delle dinamiche sociali e di controllo accorto delle metodologie disciplinari.

Di questa parte, oltre al giustificato rilievo conferito al pensiero di Francesco Carrara, del quale si sottolineano la ricchezza di motivi e la consequenzialità rispetto all'ispirazione liberale, vanno soprattutto apprezzate le pagine dedicate alla «scuola positiva» e al «socialismo giuridico» nel diritto penale. E in verità non può non condividersi la valutazione di quest'ultimo, che peraltro già viene emergendo nelle ricostruzioni storiografiche più recenti dedicate ad altri settori del sapere giuridico, come di un territorio composito, a volte ambiguo, nel quale coesistono ispirazioni diverse, che solo a fatica, e per conven-

zione, si continuano a unificare. Del primo, si pongono in luce a ragione — a mio avviso — gli esiti conservatori, e persino autoritari, impliciti in opzioni pur non superficialmente disposte a considerare insieme delinquenza e condizioni sociali. Vi è qui uno spunto da approfondire anche in altre direzioni: quella della «resistibile ascesa», non incoerente, di dottrine e di protagonisti del sapere socialista e positivistico di fine ottocento (non solo giuridico) ai successi, o all'integrazione indolore, nel regime fascista.

4. Il quadro così delineato della legislazione e delle teorie penalistiche fa da premessa a un'indagine minuziosa ed originale sulla «reatà della giustizia politica» tra il primo dopoguerra e l'istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Nei forti contrasti politici e nei mutamenti istituzionali del periodo, in presenza di una evidente inadeguatezza della legislazione positiva e di un chiaro disorientamento dello stesso potere politico, l'ordine giudiziario esercita una vera e propria attività di «produzione normativa», assumendo, con poche eccezioni, la difesa dell'ordine sociale dall'attacco delle lotte di classe (p. 164 ss.). Concorrono verso tale scopo le scelte della magistratura sia ordinaria, sia militare, di volta in volta, e a seconda delle convenienze, 'politicizzando' condotte variamente conflittuali, o riducendo a delinquenza comune fatti specifici di reato.

La dottrina asseconda simili orientamenti, rafforzatisi definitivamente tra il 1919 e il 1922, dopo le lotte agrarie e l'occupazione delle fabbriche.

Il capitolo conclusivo del lavoro è dedicato (pp. 283-398) al «diritto penale politico nello Stato totalitario». I risultati d'insieme dell'indagine sugli intendimenti del regime, i cedimenti della magistratura, le compromissioni della dottrina e l'ossequio dell'amministrazione, in materia di reato politico, non sono sorprendenti, né potevano esserlo. Ma essi ricevono una luce nuova, non pregiudicata da ingenuità e inutili recriminazioni, per la franchezza con cui sono illustrati da un lato gli elementi di continuità con le caratteristiche proprie dello Stato unitario fin dalla sua fondazione, dall'altro gli aspetti robusti di costruzione di una cultura specifica circa forme e governo della società e dello Stato.

In questo senso, le pagine sul passaggio dallo Stato liberale al regime fascista, condotte con equilibrato giudizio e fondate di analisi sul filo dei diversi registri — legislativo, giudiziario, amministrativo — possono offrirsi come spunto assai ricco per meditare le questioni dell'oggi con il respiro politico e storico che esse richiedono.

ALDO MAZZACANE

Horst DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1986, pp. 332.

1. Questo saggio nasce dalla rielaborazione di una *Dissertationschrift* discussa nell'anno accademico 1984-85 nel dipartimento per le scienze del diritto dell'Università di Hannover. Dopo una breve introduzione (pp. 15-25) il volume presenta quattro capitoli dedicati rispettivamente a: il fondamento epistemologico del diritto in Kelsen e nella tradizione neokantiana (pp. 27-90); il rapporto fra diritto, teoria del diritto e realtà giuridica secondo la *reine Rechtslehre* (pp. 91-158); la concezione kelseniana del positivismo giuridico e i temi del carattere ipotetico del diritto, della *Profanierung* dello Stato moderno, del rapporto fra individuo e ordinamento giuridico statale (pp. 159-247); la teoria della democrazia elaborata da Kelsen e le sue connessioni con il relativismo etico da lui professato e con la sua concezione generale del diritto (pp. 249-94).

Il volume si chiude con un ampio *Literaturverzeichnis* (pp. 301-28), dedicato agli scritti di Kelsen e alla letteratura secondaria. Viene tuttavia ignorata, nell'appendice bibliografica come nel testo, la letteratura redatta in lingue diverse da quelle tedesca e inglese e si trascura perciò ogni contributo che non sia stato originariamente pubblicato o successivamente tradotto in una di queste due lingue. (E accade così, fra l'altro, che si citino scritti di autori italiani piuttosto marginali o non specifici, mentre si ignorano, ad esempio, i saggi kelseniani di Norberto Bobbio).

2. Come l'autore dichiara nelle pagine introduttive, l'intento di questo lavoro è anzitutto filologico-ricostruttivo. Nonostante le trasformazioni che la *reine Rechtslehre* ha subito nel corso degli anni, fino ad approdare alle profonde novità di *Allgemeine Theorie der Normen*, Dreier assume la sostanziale unità del pensiero kelseniano ⁽¹⁾. Egli si limita a distinguere, diacronicamente, tre fondamentali nuclei tematici del suo sviluppo: la teoria del diritto, la sociologia, la teoria politica. Di più, egli si impegna a mostrare la coerenza complessiva dell'opera di Kelsen, sostenendo — e questo è sicuramente un aspetto originale del suo lavoro — che il *relativismo conoscitivo ed etico* rappresenta la matrice filosofica unitaria del suo pensiero. E nel relativismo filosofico andrebbe individuata in particolare la chiave per una lettura unitaria della filosofia del diritto e della filosofia politica kelseniane; la democrazia — sostiene Dreier — è la sola forma di Stato adeguata alla 'dottrina pura' del diritto.

⁽¹⁾ Cfr., *contra*, M. LOSANO, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, saggio introduttivo a H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, Torino: Einaudi, 1985, pp. XVII-LXI.

In secondo luogo, l'intento di Dreier è dichiaratamente 'apologetico': egli intende affermare l'attualità dell'opera kelseniana e difenderla dalle critiche che le sono state rivolte: anzitutto quella di formalismo e di indifferentismo etico. Pur mostrandosi caldamente simpatetico con il relativismo kelseniano, Dreier è molto sensibile, ad esempio, al rischio che esso possa apparire come una forma di nichilismo etico-politico, inidoneo a stabilire una linea di demarcazione fra ordinamenti giuridici il cui contenuto normativo si ispiri a valori democratici ed ordinamenti giuridici di impostazione totalitaria.

In maggiore dettaglio le tesi 'apologetiche' più ampiamente argomentate nel saggio di Dreier sono le seguenti:

2.1. La teoria della *Grundnorm* deve essere intesa non come la massima espressione della 'cecità formalistica' del normativismo kelseniano (Dreier ricorda che in *Der Hüter der Verfassung* Schmitt giudica Kelsen come uno degli '*Zeloten eines blinden Normativismus*'), ma come un tentativo di attribuire all'ordinamento giuridico e alla stessa prospettiva della 'scienza del diritto' una struttura *ipotetica*. La *Grundnorm* è nella strategia kelseniana una pura assunzione metodologica attraverso la quale si esprime il postulato filosofico del pluralismo e della soggettività dei valori. Se per ordinamento giuridico si intende ogni sistema normativo 'valido' ed 'efficace', indipendentemente dai suoi contenuti etico-politici, ciò che conta è che l'assunzione normativa (supposta originaria e *ipoteticamente* fondante la validità dell'intero ordinamento giuridico) sia di fatto riconosciuta e praticata entro un determinato gruppo sociale. L'escogitazione concettuale della *Grundnorm* è dunque espressione della radicale opposizione kelseniana verso ogni forma di giusnaturalismo e di concezione sostanzialistica — teologica, etica o comunque deontologica — della 'scienza giuridica'. Kelsen è in questa stessa misura un paladino dell'autonomia etica di ciascun soggetto rispetto agli ordinamenti politico-giuridici esistenti poiché rifiuta ogni aprioristica legittimazione delle istituzioni d'autorità.

2.2. Il normativismo kelseniano va collocato nel contesto del 'processo di astrazione-razionalizzazione' (*Abstrahierungs- und Rationalisierungsprozess*) della società moderna: ne è nello stesso tempo un prodotto ed una consapevole teorizzazione. È senza fondamento l'idea che Kelsen, nel costruire la sua dottrina pura del diritto, disconosca o trascuri l'incidenza dei fattori sociali che condizionano la genesi e l'evoluzione degli ordinamenti giuridici. Ed è frutto di pregiudizio ritenere che, una volta fatta astrazione dalla dimensione sociale del diritto, il suo approccio formalistico finisca per esaurirsi in una serie di sterili '*normlogische Spekulationen*'. Si deve piuttosto riconoscere che Kelsen è stato il primo a fare della giurisprudenza una vera e propria

scienza moderna, caratterizzata, non meno delle scienze naturali, da rigorosi *standards* di esattezza e di neutralità avaluativa. Ed è in nome di questa severa concezione epistemologica che Kelsen si sforza di costruire, usando un sofisticato strumentario logico-analitico, l'autonomia della scienza del diritto, mentre affida alle discipline sociologiche il compito di indagare il rapporto fra il diritto e i fattori sociali che lo influenzano. Sono queste discipline 'causalistiche', a cominciare dalla sociologia del diritto, che devono studiare con i metodi propri delle scienze empiriche la funzione sociale del diritto. Nel dedicarsi a questa impresa scientifica, sostiene Dreier, Kelsen non fa che riconoscere l'alta specializzazione e l'autonomia funzionale che le tecniche normative — ed in modo tutto particolare la normazione giuridica degli Stati — hanno raggiunto nelle moderne società industriali.

2.3. A dispetto dell'idea che Kelsen stesso se ne era fatto, la sua teoria della democrazia ha radici nelle medesime assunzioni filosofiche che fanno da premessa della sua concezione del diritto. Il regime democratico è infatti quello che garantisce un massimo di autonomia dei soggetti individuali poiché muove dal presupposto del pluralismo delle opinioni e dal correlativo rifiuto dell'uso della forza per l'imposizione di un determinato sistema di valori. Una volta abbandonato il modello arcaico ed utopico della partecipazione di tutti i cittadini ai processi di decisione politica, il sistema democratico è quello che nelle società moderne consente alla maggioranza dei cittadini, anche se non alla totalità, di vivere 'in Übereinstimmung mit dem eigenen Willen'.

Il regime democratico non possiede alcun intrinseco elemento di razionalità o di verità. Dal punto di vista della dottrina pura del diritto esso è preferibile ad ogni altro grazie alla sua struttura formale: perché riconosce la pluralità, la variabilità e l'insopprimibile soggettività dei valori nel momento in cui attribuisce un peso eguale alla volontà di ciascun cittadino e istituzionalizza il principio della alternanza fra maggioranze e minoranze politiche. In democrazia la partecipazione collettiva alla definizione delle fondamentali regole sociali svolge il ruolo di surrogato funzionale rispetto alla vigenza di valori etico-politici invariati, imposti dalle istituzioni di autorità a tutti i cittadini.

3. Non mi sembra dubbio che queste tesi di Dreier colgano aspetti importanti — importanti anche perché controversi — del pensiero di Kelsen. E non ci sono dubbi, secondo me, sulla coerente ispirazione razionalistica, democratica e liberale della sua filosofia del diritto e della politica. Come tale, essa si è opposta storicamente sia all'alternativa antidemocratica e illiberale del marxismo-leninismo (la critica kelseniana delle teorie sovietiche del diritto e dello Stato mi

sembra insuperata) ⁽²⁾, sia all'alternativa autoritaria della 'teologia politica' schmittiana e, più in generale, del sostanzialismo e del romanticismo politico-giuridico. I suoi meriti, da questo duplice punto di vista, mi sembrano notevolissimi e rivendicarli, come fa Dreier nel suo saggio, mi pare ragionevole ed opportuno. Meno agevole si presenta secondo me l'intento apologetico perseguito da Dreier in relazione ad alcuni temi più specifici.

3.1. Discutibile mi sembra anzitutto la tesi secondo la quale Kelsen sarebbe riuscito a fare della teoria del diritto una scienza moderna, e cioè una disciplina metodologicamente autonoma e dotata del rigore analitico, della precisione e dell'avalutatività che le scienze sociali moderne rivendicano come propri connotati distintivi.

A parte ogni giudizio sull'ideale di scienza al quale Kelsen si ispirava, è a mio parere assai problematico definire chiaramente la stessa struttura epistemologica della sua 'scienza del diritto'. Nella sua epistemologia, è noto, si sovrappongono la tradizione neo-kantiana e l'empirismo logico della scuola viennese. Dal neokantismo, anche attraverso la mediazione di Weber, Kelsen deriva l'opposizione fra *Naturwissenschaften* e *Geisteswissenschaften* e, al suo interno, la dicotomia di *Sein* e *Sollen*. Questa dicotomia assume il mondo della 'natura' come il solo che possa essere fatto oggetto di indagine scientifica, e cioè della ricerca di 'cause' e di leggi universali, mentre considera l'universo dei valori come l'ambito dell'emotività soggettiva, non suscettibile di conoscenza razionale ⁽³⁾.

Dall'epirismo logico, in particolare dalla sua versione schlickiano-carnapiana, Kelsen assorbe, piuttosto tardivamente ⁽⁴⁾, l'idea della 'purezza' e della avalutatività delle procedure scientifiche, oltre che una fiducia pressoché illimitata nelle possibilità della logica formale. La sua 'scienza del diritto' viene così ad assumere una struttura singolarissima: essa applica gli schemi della logica binaria e il criterio della avalutatività non all'analisi di fenomeni empirici appartenenti al cosiddetto 'regno della natura', ma ad una struttura normativa appartenente al dominio del 'dover essere'. La *reine Rechtslehre* assume infatti che il diritto — e, si badi bene, soltanto il diritto — sia suscettibile di conoscenza scientifica proprio in quanto struttura (o 'forma') deontologica, e non in quanto fenomeno sociale empiricamente analizzabile. Kelsen non si stanca di ripetere che la sua

⁽²⁾ Cfr. R. GUASTINI, *Introduzione a H. KELSEN, La teoria politica del bolscevismo*, Milano: Il Saggiatore, 1981 (con ampia bibliografia).

⁽³⁾ Cfr. H. KELSEN, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, Chicago: University of Chicago Press, 1943.

⁽⁴⁾ Kelsen si accostò al Circolo di Vienna nel 1929, quando aveva già pubblicato sia la *Allgemeine Staatslehre* (1925) che *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920 e 1929).

‘ scienza ’ è scienza delle norme e non dei fatti e dei comportamenti giuridici. Il risultato paradossale è che i canoni metodologici dell’empirismo logico — la precisione, la *Wertfreiheit*, il logicismo — vengono applicati da Kelsen ad un oggetto ‘ formale ’ che nessun empirista logico avrebbe mai pensato di poter analizzare ‘ scientificamente ’.

Sia che si accettino o si rifiutino i canoni metodologici dell’empirismo logico — personalmente li considero gravemente inadeguati ai compiti delle scienze sociali contemporanee — la *reine Rechtslehre* è soprattutto un documento di sincretismo metodologico, come l’empirista Otto Neurath ha per primo lucidamente sostenuto (5). Essa è una dottrina alla quale soltanto l’ingenuità epistemologica di giuristi ‘ positivi ’ operanti *in munere alieno* potrebbe oggi guardare come alla soluzione ‘ scientifica ’ del problema della conoscenza del diritto. Del resto Kelsen stesso, in *Allgemeine Theorie der Normen*, si dichiara profondamente insoddisfatto dello statuto epistemologico della sua ‘ dottrina pura ’ del diritto e nel corso del carteggio con Ulrich Klug finisce addirittura per rinnegare elementi centrali della sua teoria e per rimpiangere di non aver studiato al momento opportuno ‘ la logica matematica ’ (6).

3.2. Senza voler minimamente negare l’utilità che un’analisi logico-linguistica delle strutture normative di un ordinamento giuridico può presentare per i suoi utenti, soprattutto per il contributo di chiarificazione concettuale e di ricostruzione sistematica che essa può offrire, resta che l’approccio normativistico ha avuto l’effetto — in particolare nella cultura giuridica continentale — di legittimare come ‘ conoscenza scientifica ’ del diritto il diletterismo accademico di giuristi-filosofi o di filosofi-giuristi normalmente inesperti sia nel settore logico-linguistico — che richiede un’elevata specializzazione — sia nell’ambito dell’effettiva amministrazione del diritto, che richiede una particolare sensibilità politica. Ed ha legittimato un approccio ai problemi della interpretazione legale che ha mutuato dall’empirismo logico una dogmatica sopravvalutazione dei problemi sintattici e una scarsa considerazione per i problemi della semantica, dell’ermeneutica e della sociologia del linguaggio.

La ‘ teoria generale del diritto ’ di ispirazione kelseniana ha così finito molto spesso per irrigidirsi e disperdersi in *minutiae* linguistiche, per caricarsi di problemi definitivi probabilmente irrisolvibili all’interno del suo ‘ paradigma ’ formalistico, per perdere contatto con il

(5) Mi permetto di rinviare su questo punto al mio *Scienza e politica in Otto Neurath*, Milano: Feltrinelli, 1986, pp. 152-4.

(6) Cfr. H. KELSEN e U. KLUG, *Rechtsnormen und logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Wien: Franz Deuticke, 1981, p. 102, citato da M. LOSANO, in *La dottrina pura del diritto dal logicismo all’irrazionalismo*, cit., p. XXIX. Si tratta a mio parere di una dichiarazione tanto ingenua quanto illuminante.

‘ sistema sociale ’ del diritto, la cui analisi, in nome di un male inteso ideale di purezza e avalutatività, ha sbrigativamente demandato alla sociologia del diritto, alla storia delle istituzioni giuridiche o alla teoria della giustizia (7). Per quanto ci sia del vero nella tesi sostenuta da Dreier, secondo la quale l'emergere del normativismo kelseniano corrisponde ad un processo di differenziazione e di astrazione della funzione normativa entro la società moderna, resta che, nonostante la profonda ispirazione illuministica del suo autore, il normativismo si è rivelato sinora scarsamente capace di incidere sui livelli di razionalità nell'amministrazione del diritto. Nonostante il grande successo accademico dell'opera kelseniana, si deve riconoscere che nell'ambito del *law in action* assai più incisivi si sono rivelati, in direzione opposta, il volontarismo e il romanticismo giuridico-politici.

3.3. Quanto infine al rapporto fra pensiero giuridico e pensiero politico kelseniani, penso che la tesi della loro stretta connessione filosofica debba essere accettata. È certo che in Kelsen esiste un nesso importante fra la confutazione del giusnaturalismo e di ogni concezione sostanzialistica del diritto e la preferenza accordata alla democrazia parlamentare come manifestazione del processo di ‘ razionalizzazione del potere ’.

Kelsen è convinto che nei regimi democratici occidentali la funzione aggregatrice dei partiti, la rivedibilità formale delle decisioni, l'alternanza di maggioranza e minoranza entro un parlamento elettivo, la regola della decisione a maggioranza semplice siano principi istituzionali che traducono in realtà l'ideale razionalistico della tolleranza e della autonomia intellettuale e morale dei cittadini. Egli è convinto che la democrazia rappresentativa sia il regime nel quale una maggioranza di cittadini obbedisce all'autorità sulla base di una consapevole accettazione dell'obbligazione politica, che il parlamentarismo realizzi quella porzione dell'ideale politico rousseauviano realmente compatibile con i vincoli funzionali delle società moderne.

L'austerità intellettuale e morale della visione kelseniana della democrazia sono secondo me fuori discussione. Discutibile è semmai, come nel caso della *reine Rechtslehre*, il suo realismo. E dubbia mi sembra anche la sua capacità di costituire la base per la comprensione dei ‘ rischi evolutivi ’ (8) che oggi minacciano la democrazia e per una efficace ingegneria istituzionale. Kelsen è un critico molto lucido di

(7) Cfr. M. G. LOSANO, *Introduzione a H. KELSEN, Il problema della giustizia*, Torino: Einaudi, 1975, pp. IX-XXXV.

(8) Ho cercato di chiarire che cosa intendo per ‘ rischi evolutivi ’ nel saggio, apparso in *Democrazia e diritto*, 26 (1986), n. 6, pp. 15-38, intitolato appunto ‘ I rischi evolutivi della democrazia ’ e in *Complessità e democrazia*, Torino: Giappichelli, 1986, pp. 19-22.

nozioni appartenenti alla 'dottrina classica della democrazia' — uso questa espressione nella accezione schumpeteriana — come quelle di 'sovranità popolare', di 'bene comune' e di 'rappresentanza'. E con altrettanta lucidità colloca l'istituto parlamentare nel contesto della divisione sociale del lavoro, riconoscendo l'irreversibilità evolutiva del processo di riduzione e di specializzazione del sottosistema politico attraverso le tecniche della 'finzione' rappresentativa⁽⁹⁾.

Ma nonostante questo, contraddittoriamente, Kelsen continua a riferirsi al presupposto individualistico della sovranità, della razionalità e della autonomia morale del cittadino, e cioè al postulato costitutivo della 'dottrina classica' della democrazia e delle sue nozioni di 'bene comune', di 'sovranità popolare' e di 'rappresentanza'. Egli non cessa di giudicare preferibili le istituzioni democratiche per la loro maggiore capacità di soddisfare l'istanza dell'autonomia e dell'autodeterminazione delle persone. E questa capacità deriverebbe direttamente dalle tecniche elettorali di designazione dei superiori da parte degli inferiori (e non, come accade con le nomine burocratiche, degli inferiori da parte dei superiori) e dai meccanismi parlamentari di decisione a maggioranza. Che si tratti di argomenti formalistici che hanno ben poco a che vedere con le condizioni di autonomia o di eteronomia dei soggetti individuali nelle moderne società complesse (informatiche, robotiche, multimediali, etc.) sarebbe molto agevole argumentare.

Ma ciò che nella concezione kelseniana della democrazia appare oggi ancora meno realistico è il credito che egli accorda al sistema dei partiti e alla dialettica parlamentare come espressione, ben al di là della stessa dottrina schumpeteriana, del pluralismo delle opinioni e degli interessi presenti nel corpo sociale. E non a caso Kelsen si impegna in una critica esplicita della filosofia politica di Schumpeter, in particolare della sua teoria della democrazia come *leadership* concorrenziale⁽¹⁰⁾. Mentre Schumpeter sottolinea il ruolo essenziale della competizione fra le *élites* politiche e individua nella vocazione democratica delle *leaderships* la garanzia del carattere democratico dell'intero sistema politico, Kelsen sostiene che il sistema elettorale più democratico è quello che elimina o almeno riduce al minimo la lotta competitiva per il voto popolare. E si dichiara favorevole al sistema elettorale proporzionale perchè a suo giudizio «è la maggiore approssimazione possibile all'ideale della autodeterminazione in una democrazia rappresentativa e, quindi, il modello più democratico di sistema elettorale,

(9) Cfr. G. GAVAZZI, *Introduzione a H. KELSEN, La democrazia*, Bologna: Il Mulino, 1984, pp. 7-31.

(10) Cfr. H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, in *Ethics*, 65 (1955-56), pp. 1 ss., 88 ss., trad. it. in H. KELSEN, *La democrazia*, cit., pp. 183-91, 359-62.

appunto perché non richiede una lotta competitiva per ottenere il voto del popolo» (11).

Sono trascorsi non più di trent'anni da quando Kelsen ha sostenuto queste tesi, ma esse appaiono oggi irrimediabilmente datate. In tempi di svuotamento progressivo delle funzioni parlamentari, di autoreferenza del sistema dei partiti, di primato della decisione amministrativa, di strapotere delle strategie della comunicazione politica, di inflazione del potere e di crescente ingovernabilità delle società complesse la lezione dei classici della filosofia politica occidentale — e Kelsen è sicuramente uno di questi, e fra i più autorevoli — rischia di misurare semplicemente la distanza che separa le aspettative della ragione dalle dure repliche della storia.

DANILO ZOLO

Jack GOODY, *La logique de l'écriture. Aux origines des sociétés humaines*, Paris 1986 (*).

«Am Anfang, so wird uns beigebracht, was das Wort... Dieses Wort war nicht nur gesprochen, sondern geschrieben in einem Buch, das heilige Buch, die Bibel, das Alte Testament». Mit dieser Feststellung leitet Jack Goody sein neuestes Buch ein. Die Prämisse des Verfassers besteht darin, «die Unterschiede zwischen einem Wort, das in einem Buch (oder in einer Reihe von Büchern) niedergeschrieben ist, und einem Wort, das, einfaches Produkt der gesprochenen Sprache, vom Mund im Ohr wiederaufgehängt wird», festzustellen.

Vier Vorträge, die der Autor an der Universität von Chicago 1984 und ein Jahr später in modifizierter Form am College de France gehalten hat, bilden die vier Teile des Buches. Jeder Teil behandelt ein Untersystem der Gesellschaft, nämlich die Religion, die Wirtschaft, die Bürokratie in der Konstitution des Staates und das Recht. Die Novität des Versuchs besteht darin, daß nicht mehr die produktionsweise, wie bis jetzt, sondern die Wege und Möglichkeiten der Kommunikation den entscheidenden Aspekt der Fragestellung bilden.

Unter dem Gesichtspunkt der Wirkung der Schriftlichkeit auf die Organisation und Entwicklung der genannten Sektoren werden völlig unterschiedliche Gesellschaften untersucht: der antike Nahe Osten, das mittelalterliche England und das neuzeitliche bis zeitgenössische Afrika. Es versteht sich von allein, daß ein solches Unternehmen nicht

(11) H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 90, trad. it. cit., p. 362.

(*) Gleichzeitig auch in englisch erschienen unter dem Titel: *The logic of writing and the organisation of society*, Cambridge, 1986.

nur diachronischen und überlokalen, sondern auch interdisziplinären Charakter aufweist. Von der Untersuchung Mesopotamiens werden Historiker und Anthropologen, von der des mittelalterlichen Europas Historiker und Soziologen und schließlich von der des zeitgenössischen Afrikas Ethnologen und Soziologen angesprochen. Charakteristisch für die Untersuchungsmethode in dem letzten Bereich ist die Aufhebung der axiologischen Unterscheidung zwischen modernen und primitiven Kulturen.

Die Betrachtung völlig unterschiedlicher Gesellschaften unter dem einzigen gemeinsamen Gesichtspunkt der Schriftlichkeit mag legitimationsbedürftig scheinen; das hat aber der Verfasser vorgesehen und betont in seinem Schlußkapitel, daß «es nicht darum geht die Unterschiede zu vernachlässigen, sondern sie anders in der Zeit zu placieren, indem man an erster Stelle Interesse sowohl der Technologie, als auch dem Inhalt (gemeint ist auch der ideologische Inhalt) der neuen Kommunikationssysteme entgegenbringt» (S. 183). Dieser Bemerkung eingedenk gelangt man beim Studium des Aufschlags der Schriftlichkeit zu interessanten Feststellungen: die Religionen des Buches erlangen einen internationalen, universellen sogar einen expansiven Charakter während Religionen ohne Schriftlichkeit nur von den Angehörigen eines Volkes/Stammes praktiziert werden können und einen streng nationalen Charakter bewahren. Sowohl bei der Religion, wie auch im Bereich des Rechts wird durch die Schriftlichkeit die Unveränderlichkeit und die Stabilität des einmal Niedergeschriebenen erhalten, während die nationalen Religionen der einfachen Gesellschaften von Flexibilität und Eingliederungsprozessen der eventuellen Abweichungen gekennzeichnet sind.

Das bedeutungsvolle Merkmal des Rationalisierungsprozesses der westlichen Gesellschaft, des «asketischen Protestantismus» nach Parsons, nämlich jenes des moralischen Universalismus, der sich etwa im Begriff der Gleichheit vor dem Gesetz äußert, ist nach Goody nicht nur beim Christentum, sondern bei allen «universellen Religionen» zu bemerken. Es handelt sich um die Notwendigkeit «sich an alle Menschen nach den gleichen allgemeinen und unpersönlichen Normen zu wenden». Dieser Generalisierungs- und Abstraktionsprozeß, der seine *condicio sine qua non* in der Schriftlichkeit findet, läßt selbstverständlich, das Recht nicht unangetastet.

Der juristische Text wird von einer Formalisierung, einer Universalisierung und einer kontinuierlichen Rationalisierung gekennzeichnet. Goody bemerkt, daß, mit steigender Abstraktion und Formalisierung, das Gesetz allgemeiner wird, und daß die Modifizierungen innerhalb des Gesetzes nicht mehr in einem stillschweigenden Prozeß von der Gesellschaft selbst intern ausgetragen, sondern durch das Parlament durchgeführt werden. Durch die Schriftlichkeit, und das wird von Goody fast zu oft wiederholt und betont, wird das explizit,

was früher implizit war. Andererseits bildet gerade die Schriftlichkeit den Faktor, der «bei steigender Komplexität der Gesellschaft und bei stärkerer Ausdifferenzierung und Vervielfältigung rein normativer Erwartungen... die Erhaltung des Entwicklungsstands» garantiert und «zur Weiterbildung des Rechtssystems» ⁽¹⁾ eine der Voraussetzungen bildet. Die Bedeutung der Schriftlichkeit für die juristischen Formen wie den Vertrag, das Testament, die Beweisführung und die Eintragung der Eigentumstitel sowie für das juristische Denken insgesamt, mögen für den am Beitrag der Anthropologie zur Rechtsgeschichte interessierten Rechtshistoriker als bekannt gelten.

Sowohl bei der Religion, als auch bei der Konstitution des Staates und beim Recht führt die Schriftlichkeit zu einer strukturellen Autonomie eines Stabes von Gelehrten, die zwar nicht unmittelbar an dem Produktionssystem teilnehmen, nichtsdestoweniger aber durch die Kanäle (der Kontrolle) der Vermittlung der Schrift und schlicht des Wissens an sich, keine geringfügige Rolle im Staat spielt. Es geht um den Klerus, den Richterstab oder den Verwaltungsstab. Im östlichen präkolonialen Afrika hat die neue Schicht der Gelehrten sogar neue z.T. autonome «Werte» geliefert, die sich außerhalb der an den politisch-ökonomischen Bereich gebundenen Hierarchien befanden, und für letztere ambivalente Konsequenzen mit sich brachten. (S. 126).

Diese Feststellungen sowie die zahlreichen Thesen, die der Verfasser in seinem Buch äußert, leisten einen gewichtigen Beitrag zum weiteren Studium der Kommunikationsarten in der historischen Entwicklung der Gesellschaften. Nichtsdestoweniger soll die Interdependenz von Produktion und Kommunikation betont werden. Es scheint nicht sinnvoll zu sein, den einen Gesichtspunkt durch den anderen ersetzen zu möchten, um auf diese Weise, durch ein monistisches Erklärungsmodell, die Entwicklung der Gesellschaft zu erklären. Insbesondere wenn die im Buch vorkommenden Thesen nicht einen suggestiv-hypothetischen sondern vielmehr einen apodiktisch-konstatierenden Charakter beanspruchen. Andererseits hätte man von dem Autor des «Domestication of the savage mind» erwartet, daß er, gerade nach diesem erwähnten Buch in dem er auf den dekontextualisierten Gebrauch der Sprache in Verzeichnissen und Tafeln eingeht, eine feinere Unterscheidung zwischen Schriftarten (Ideogramme, Silbenschrift und alphabetische Schrift) und Technologien der Schrift (Schrift auf Tontafeln, auf Stein, Papyrus, Papier) unternehmen würde. Die Übertragbarkeit des Geschriebenen scheint ebenso wichtig zu sein wie die Tatsache, daß von der Schrift überhaupt Gebrauch gemacht wird.

Der Umstand, daß Goody ein Anthropologe ist, läßt sich auch in

(1) N. LUHMANN, *Die Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt, 1981, S. 18.

seiner Bibliographie feststellen, wo er den juristen H. L. A. Hart, dessen Buch «The Concept of Law» er erwähnt, höchstwahrscheinlich mit dem Anthropologen Keith Hart verwechselt, auf dessen Arbeit er hinweist, ohne ihn in der Bibliographie zu erwähnen.

«Mein Ziel ist es gewesen, gewisse Aspekte der Unterschiede, die zwischen den soziokulturellen Systemen bestehen zu erklären, die andere schon erwähnt haben, sich ihnen aber nicht genau auf diese Weise genähert haben», schreibt der Verfasser in seinem Schlußkapitel, und es ist ihm sicherlich gelungen unsere Aufmerksamkeit auf die Wichtigkeit der Benutzung der Schrift für die Bildung eines Wissensapparates und gewisser damit verbundenen Machttechnologien zu richten.

CHARULA ARGYRIADIS

P. LEGENDRE, *Leçons II. L'empire de la Vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983; ID., *Leçons IV. L'ineestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985.

La produzione intellettuale di Pierre Legendre non è certo ignota al lettore italiano, che può anche avvalersi di alcune, se pur non recentissime, traduzioni ⁽¹⁾: non direi però che essa abbia ottenuto, presso il giurista e lo storico del diritto, tutta l'attenzione che indubbiamente merita, al di là dei consensi o dei dissensi che l'una o l'altra tesi, o addirittura l'intero programma scientifico ed essa sotteso, possano suscitare.

Il lettore, certo, non ha un compito facile, in quanto è messo di fronte ad opere che sfuggono ad una classificazione condotta secondo i più consueti parametri accademico-disciplinari; esse infatti traggono origine, per così dire, da un imprevedibile corto circuito fra zone del sapere abitualmente incomunicanti: la storia del diritto, in particolare, la storia del diritto romano-canonico; la storia delle organizzazioni, dei complessi istituzionali; la psicanalisi. All'interno di questi settori Legendre ha dato numerosi contributi che lo specialista è in grado di apprezzare autonomamente ⁽²⁾, ma che non offrono difficoltà o sorprese relativamente alla definizione del loro oggetto e del loro metodo. Le difficoltà, e l'interesse, aumentano, quando le diverse conoscenze acquisite dall'autore in particolari ambiti di ricerca ven-

⁽¹⁾ *Gli scomunicanti. Saggio sull'ordine dogmatico*, Padova, 1976; *Godere del potere. Trattato sulla burocrazia patriottica*, Padova, 1977.

⁽²⁾ Esemplicando: da *La Pénétration du droit romain dans le droit canonique classique*, Paris, 1954, a *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, Paris, 1968.

gono a fondersi in un programma unitario che proprio da un siffatto sforzo di sintesi trae alimento e forza.

Di questa vicenda sono un esempio i corsi di lezioni tenuti da Legendre alla 'Ecole pratique' e dati abbastanza di recente alle stampe. È per me comunque impossibile, nei limiti di una recensione, dar conto dei tanti temi, dei numerosi richiami eruditi, dei singolari passaggi argomentativi che costituiscono la trama originale dei 'corsi'. Rinunciando quindi ad una descrizione adeguata dei loro contenuti, dovrò limitarmi a richiamare alcuni dei problemi più generali e a sottolineare alcuni dei profili caratteristici, a mio avviso, più salienti dei 'corsi' del nostro autore.

Innanzitutto, l'oggetto: si tratta di una complessa riflessione sulla *normatività*; uno dei protagonisti, forse il protagonista dei 'corsi', è il 'diritto'; certo, non l'uno o l'altro istituto giuridico, come tale, ma il diritto come 'funzione' indagata nella sua più ampia generalità. Si tratta, si direbbe, di una domanda 'classicamente' filosofico-giuridica, che però subisce una impostazione, una torsione insolita: la domanda viene impostata entro un quadro problematico che non ha niente a che vedere con una preoccupazione logica od epistemologica, per così dire, interna alla scienza giuridica, ma rinvia ad un orizzonte che vuol essere esplicitamente 'storico' (sia pure, come vedremo, in una accezione particolare del termine). Non si pensi però, a questo punto, che si tratti di una più o meno prevedibile ricerca storico-giuridica: che si indaghi insomma, esemplificando, sulla storia delle rappresentazioni concettuali di 'diritto' o sulla storia dei comportamenti 'normativamente' rilevanti in un contesto dato. Il dato storico e il dato sociologico, pur presenti, vengono attraversati per arrivare al punto decisivo: che concerne ancora, sì, la giuridicità, la normatività, ma di essa vuol cogliere il fondamento strutturale, il punto in cui (proprio attraverso la dimensione normativa) l'*enjeu* della *specie*, della riproduzione, della perpetuazione della specie, si fa organizzazione sociale e quindi storia.

Se dunque le linee essenziali del campo problematico sono, da un lato, la riproduzione della specie e, dall'altro lato, la funzione, in essa, della normatività, si comprende come la storicità sia presente assai più come orizzonte entro il quale la vicenda si situa e si rende comprensibile che come riferimento a rigide e precise contestualità: queste sono volta a volta anche evocate, sia pure in termini molto sfumati, ma comunque contano più come luogo di manifestazione della soggiacente struttura che come autonomo campo di indagine; così come da un altro, ma confluyente, punto di vista, l'analisi del meccanismo istituzionale mira direttamente alla massima generalità senza troppo interessarsi alle differenze specifiche e ai concreti *modus operandi*.

In una prospettiva siffatta appaiono prevedibili, e sovente espliciti, anche gli obiettivi polemici: verso una storia del diritto che si appiattisca su una analisi quantitativa dei comportamenti dimentican-

dosi di confrontarsi con il tema 'fondante' della normatività; verso una sociologia (e verso uno 'scientismo industrialista', secondo una espressione, forse un po' troppo indifferenziata, cara all'autore) che dia ormai per desueto ed inoperante il meccanismo normativo; verso una psicanalisi che non prenda debitamente sul serio il momento della Legge e del divieto.

La storia, la sociologia delle istituzioni, la psicanalisi offrono comunque non solo gli appigli per una polemica, ma anche il substrato disciplinare necessario per l'impresa tentata da Legendre.

La psicanalisi, innanzitutto. Essa suggerisce continuamente all'autore schemi interpretativi ed ipotesi ricostruttive. La stessa configurazione del campo problematico deve un contributo consistente ed insostituibile alla sensibilità psicanalitica dell'autore, con i vantaggi e i rischi connessi ad un approccio siffatto: dove la convinzione di potere individuare strutture socio-antropologiche soggiacenti ai più diversi contesti, per un verso, permette sovente di illuminare di una luce insolita l'una o l'altra situazione storicamente determinata, per un altro verso, però, rischia di azzerare le differenze: quasi fosse un diabolico strumento che apre, sì, tutte le stanze, ma fa anche sparire gli oggetti che in esse si trovano.

La psicanalisi, d'altronde, non offre soltanto la cornice, ma costituisce la sostanza di numerosi e suggestivi passaggi. Si pensi, e si tratta solo di un esempio fra i tanti, al tema del sacrificio e della connessione necessaria, sul piano della dinamica 'profonda' dei soggetti, con il potere; si pensi al tema, secondo Legendre centrale, del divieto di incesto come momento essenziale della differenziazione all'interno della specie, quindi della costituzione stessa della soggettività.

Non si tratta comunque, nel caso di Legendre, di un sapere psicanalitico dogmaticamente recepito e meccanicamente applicato — e non mancano anzi critiche dell'autore ad una tradizione psicanalitica spesso, a suo dire, appiattita su una esegesi 'autoritaria' dei testi 'classici'. Si pensi all'esempio or ora riportato: il problema del divieto di incesto è giocato non solo, per così dire, sul tavolo della dinamica inconscia del soggetto, ma, insieme e proprio per questo, viene proiettato sul fronte del meccanismo istituzionale e finalmente incontra la dimensione della legge, della normatività; le componenti psicanalitica, sociologico-istituzionale, giuridica collaborano nel mettere in luce con eguale rilievo aspetti diversi di un unico blocco problematico.

L'analisi della dimensione giuridica e istituzionale è appunto il secondo momento qualificante della ricerca di Legendre: ma, si badi bene, la distinzione fra i vari momenti può essere introdotta dal censore solo per comodità di esposizione e di ricostruzione 'archeologica', perché, nel concreto svolgersi del testo, l'una componente si

innesta obbligatoriamente sull'altra. Così l'incesto rinvia alla Legge, la normatività si traduce nel tessuto istituzionale e questo a sua volta si risolve, alla radice, in quell'*instituere vitam*, in quell'opera di distinzione-organizzazione all'interno della specie, senza la quale non si dà vita umana.

Tutto ruota, in definitiva, intorno al grande tema, per così dire metastorico, della costituzione del soggetto: è proprio in questo decisivo, istitutivo processo che per l'autore deve essere collocato, di nuovo 'in radice', il ruolo della normatività. Si comprende allora come la rivendicazione al diritto (e a quelli che sono, per l'autore, i suoi corollari: il ragionamento giuridico-dogmatico, il razionalismo) di un ruolo decisivo nello storico costituirsi dei soggetti, della società, non è l'espressione di maniera di una sorta di campanilismo disciplinare, ma nasce dal cuore della impostazione complessiva del discorso. È in questa prospettiva che occorre leggere i continui riferimenti al diritto romano, alla tradizione romano-canonica. L'uso che di questa tradizione l'autore fa è indubbiamente singolare, da più punti di vista. Il diritto romano, lo *ius civile* e lo *ius canonicum* medievali non sono studiati, come è prevedibile dato l'impianto del libro, nell'ottica tranquillamente e solidamente 'storicizzante' che è propria, per una ormai accreditata tradizione disciplinare, lontani i fasti 'attualizzanti' della pandettistica, delle consuete indagini storico-giuridiche: dove il diritto romano, il diritto medievale coincidono ormai sostanzialmente con il diritto delle corrispondenti società e culture (o anzi spesso di alcune fasi di esse). L'ottica dell'autore non è insomma storicistica o sociologista. Si potrebbe pensare allora che l'interesse dall'autore andasse nella direzione di cogliere, nella tradizione romano-canonica, i temi, i procedimenti argomentativi più generali che appartengono, certo, a quella tradizione, ma che illuminano, indirettamente, profili più generali della 'normatività', della 'giuridicità'. La linea entro la quale si muove l'autore è però a mio avviso ancora più radicale: la tradizione romano-canonica non è solo una sorta di gigantesco laboratorio, un terreno sperimentale nel quale verificare e controllare, relativamente a quel contesto, suggestive ipotesi teoriche, ma è, direttamente, il momento della *rivelazione* della vera, profonda, natura del diritto. Il diritto romano, la tradizione romanistica e canonistica non divengono dunque *una* esperienza giuridica, sia pure fondamentale, ma *la* esperienza giuridica: non un contesto, ma l'espressione visibile della struttura 'profonda'; con un corollario: l'enfaticizzazione, implicita ma radicale, della continuità: fra diritto romano e tradizione romanistica, da un lato; fra tradizione romanistica e 'modernità', dall'altro lato; a cui corrisponde, ovviamente, una minimizzazione delle possibili discontinuità introdotte da episodi correntemente indicati come 'moderni' (dalle codificazioni ai processi di 'costituzionalizzazione' del politico).

Il piano di analisi su cui si muove Legendre è appunto diverso da quello abitualmente percorso dagli storici del diritto (della cultura giuridica, delle istituzioni): è diversa la domanda fondamentale che sorregge la ricerca, che attiene non alla descrizione (comunque intesa) di un contesto determinato (quale che sia il profilo evidenziato), ma alla individuazione di una struttura fondante della soggettività; ed è diverso, corrispettivamente, l'atteggiamento ermeneutico di fronte ai testi. Ma è proprio questa diversità che rende la ricerca di Legendre particolarmente istruttiva per lo storico, quando questi se ne appropri attraverso un procedimento, per così dire, speculare: la struttura fondante che Legendre ritiene di individuare passando attraverso, e andando oltre, i più diversi testi e contesti, e che costituisce, per il nostro autore, l'esito conclusivo della ricerca, può divenire per lo storico l'ipotesi di partenza attraverso la quale tentare di rendere intelleggibile, in una qualche forma di narrazione, un concluso insieme di testi in un contesto determinato.

PIETRO COSTA

A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986.

La vicenda teorica del termine-concetto 'personalità giuridica dello Stato' o, per dirla più sinteticamente, dello Stato-persona (giuridica) è in sé straordinariamente ambivalente. Esaminiamo distintamente i due corni del dilemma, i due lati di tale ambivalenza.

Da una parte, è noto come allo Stato-persona sia collegata l'idea di un rapporto del potere politico con gli individui-cittadini (o sudditi) giuridicamente calcolabile, e quindi tendenzialmente certo dal punto di vista delle garanzie, che si colloca accanto alla unificazione del soggetto di diritto come contrassegno tipico del diritto moderno sull'altro versante del diritto privato, che quindi è espressione di un qualche definitivo superamento storico della dimensione cetuale del privilegio. Lo Stato-persona è in questo senso nient'altro che l'altra faccia della società liberale del Codice, che chiede, non solo forme tipiche ed unificate per l'appropriazione e lo scambio, ma anche calcolabilità e prevedibilità dell'agire politico collettivo in forma di Stato. Rinunciare a quella costruzione dogmatica significherebbe, in questa linea, ricadere nell'oscura dimensione dell'arbitrio, del monarca-sovrano e dei ceti, far rivivere irrazionali pretese politiche, ora finalmente pacificate entro la persona statale, in qualità di suoi organi. In tal modo, lo Stato-persona appare essere lo Stato moderno per eccellenza, ci costringe a leggere le stesse dottrine giusnaturalistiche — ad

esempio, Hobbes — in questa chiave, di affermazione contemporanea della sovranità di quello Stato e della società dei privati, tra loro astrattamente eguali e liberi, anzi di affermazione della prima in funzione della seconda, poiché nel riconoscimento del sovrano, della comune autorità, tutti diverrebbero eguali in quanto egualmente sudditi, annullando così le storiche differenze di ceto e preparando nello stesso tempo il terreno più idoneo per il trionfo della società liberale degli individui proprietari.

Tuttavia, come dicevamo in apertura, questo è solo il primo corno del nostro dilemma. Se tutta la nostra problematica dovesse esaurirsi in questo contesto argomentativo — quello delle conquiste storiche dell'individualismo liberale —, si dovrebbe concludere che l'attribuzione della personalità giuridica (e della sovranità) allo Stato ha unicamente questo significato: corrisponde alla figura di un potere politico altamente concentrato e formalizzato, in sé neutrale, che ha il compito esclusivo di garantire l'attuazione dei fini individuali, fra i quali, in primo piano, certamente i fini propri di una società liberale di mercato. In altre parole, in questa linea lo Stato sarebbe persona solo perché la persona, astrattamente concepita, viene intesa come l'unità di misura di *tutto* il diritto moderno, a partire dallo stesso diritto privato. La stessa questione della sovranità, che in sé sembrerebbe rappresentare il dato più peculiarmente ed autonomamente politico, si traduce così anch'essa nel medesimo risultato, poiché attraverso la comune obbedienza al potere sovrano non si fanno altro che creare le condizioni — come abbiamo già visto — per il pieno dispiegarsi del moderno principio individualistico.

Domandiamoci allora, nel modo più conciso possibile: la personalità giuridica dello Stato fu davvero questo, e solo questo, per la giuspubblicistica europea dell'Ottocento e della prima metà del nostro secolo? La risposta deve essere secondo noi recisamente negativa; ed è a questo punto che subentra l'esigenza di mettere in luce il secondo lato dello Stato-persona, quello spazio teorico che rende strutturalmente ambivalente il significato della personalità giuridica statale. È questo, in una parola, lo spazio teorico dell'*organicismo*, al quale dedica grande attenzione anche Alberto Massera, nel volume dal quale abbiamo preso le mosse per queste nostre riflessioni. In realtà, lo Stato-persona dei nostri giuristi, per le caratteristiche che assunse, e come dato fondamentale e peculiare della tradizione giuspubblicistica dell'Europa continentale, non sarebbe stato neppure pensabile senza l'approccio organicistico, a partire dalla reazione della Scuola Storica tedesca ai principi contrattualistici ed individualistici contenuti in modo tipico nella Dichiarazione dei diritti dell'89. Come dimostra con notevole precisione e lucidità lo stesso Massera, ciò vale soprattutto per le versioni tedesche ed italiane dello Stato-persona; ed anzi si può aggiungere che proprio lungo la vicenda teorica dell'organicismo si

comprende meglio il contenuto della recezione italiana della giuspubblicistica tedesca, ed in fondo la stessa opera di Vittorio Emanuele Orlando, alla quale, proprio sotto il profilo indicato, sono dedicate pagine assai interessanti nel volume che andiamo presentando. Certamente, in modo diverso si ponevano i nostri problemi in Francia, per il maggiore legame di fedeltà della giuspubblicistica di quel paese ai principi dell'89. Eppure, anche in questo caso, accanto agli elementi di differenza, Massera non manca di mettere in rilievo come la sovranità dello Stato dei tedeschi e la sovranità nazionale dei francesi si pongano sulla stessa linea — che è all'incirca quella dell'organicismo — nei confronti della sovranità popolare di stampo giacobino, ritenuta figlia del cosiddetto 'atomismo' rivoluzionario.

Certo, non si può mettere tutto nello stesso calderone, ed è utile sapere — ora come maggiore chiarezza, grazie al contributo di Massera — quali distanze separino studiosi come Berthélemy, o Hauriou, o Duguit, o Carré de Malberg, ed in genere, nei suoi profili essenziali e più costanti, la riflessione sviluppatasi in terra di Francia, dal paradigma tedesco della sovranità dello Stato, forse più di ogni altro fondato su elementi di carattere organicistico; così come non possono essere sottovalutate le differenze tra lo statualismo gerberiano d'impronta organicistica ed il reciso positivismo di stampo statualista di Laband, o tra la prima formulazione dei diritti dei cittadini in chiave di 'diritti riflessi' e la più tarda elaborazione jellinekeana dei diritti pubblici soggettivi, sulla quale tanto si affannò anche il nostro Vittorio Emanuele Orlando; così come, infine, non possono essere tacite le differenze all'interno del variegato panorama della giuspubblicistica italiana, sulla quale torneremo in seguito.

Eppure, anche dopo la lettura del volume di Massera, così attento a mostrare, con notevole dose di equilibrio, non solo le concordanze, ma anche i decisivi momenti di differenza, non si può sfuggire all'impressione che tutto questo rappresenti come la complessa articolazione interna di un unico discorso sullo Stato, che è *il discorso dei giuristi*, della tradizione giuspubblicistica europea. La specificità di tale discorso si realizza proprio attorno al concetto della personalità giuridica dello Stato (in radice negata solo da Duguit, e contestata anche da Hauriou e Otto Mayer, ma in questo caso sulla base di quella nozione dello Stato-impresa, che — come vedremo — assume particolare significato nel contesto della nostra tradizione dottrinale). Si tratta di uno specifico che essenzialmente si realizza proprio mediante l'acquisizione del punto di vista organicistico. Intendiamo dire che i giuristi europei di diritto pubblico non si sono affatto limitati a tematizzare, e tradurre in termini di dogmatica giuridica, la figura dello 'Stato moderno' come ente razionale, come persona capace d'instaurare rapporti certi e calcolabili con soggetti diversi, in ipotesi con gli individui-cittadini; anzi, lo specifico della loro riflessione, ciò che

rende questa diversa, ad esempio, da una lettura latamente weberiana del potere politico moderno come potere istituzional-razionale, consiste proprio nella considerazione della persona statale *come organismo*, come organica espressione di un'intera collettività storica, sia essa denominata popolo, comunità, nazione, o in altro modo.

Tentiamo allora di concludere sul punto. Quando pensiamo alla dottrina dello Stato-persona, noi pensiamo oggi in realtà a due distinte formulazioni teoriche, o meglio ad un'unica figura concettuale straordinariamente ambivalente: pensiamo, da una parte allo Stato come soggettività razionale e neutrale, garante delle sfere di libertà e di autonomia, ma dall'altra anche allo Stato come interprete 'naturale' e 'necessario' di una collettività, che solo attraverso quello Stato — da Gerber ad Orlando, quanto meno — acquisisce giuridica rilevanza, entra nel mondo del diritto, appunto nel momento in cui si personifica.

Sarebbe ora troppo semplicistico concludere affermando che questi due significati dello Stato-persona sono in realtà tra loro complementari, così come sono complementari nella Dichiarazione dei diritti dell'89 il momento individualistico, e quello della sovranità nazionale, le garanzie a favore delle libertà fondamentali, e la protezione eretta a favore dell'integrità della nazione nei confronti delle spinte di carattere partitico-particolaristico. In realtà, l'adozione del punto di vista organicistico ha fatto sì che i nostri giuristi abbiano fornito una versione del tutto specifica e particolare di ciò che comunemente chiamiamo 'Stato moderno', solo parzialmente in linea con il modello della separazione Stato/società, intesa come reciproca garanzia, rispettivamente, di sovranità e di autonomia. Basterà ricordare in proposito alcune delle operazioni condotte dalla giuspubblicistica europea, proprio sulla base di un generale schema di riferimento di stampo organicistico: la permanenza, nel contesto dello Stato di diritto ottocentesco, nel caso della Germania, ma anche, con le dovute differenze, dell'Italia, di un certo ruolo del monarca, nel quale si identificava il 'cuore vitale' dell'intero organismo statale, l'espressione istituzionale più piena della capacità di autolegittimazione dello Stato medesimo, ed in definitiva la sua sovranità, intesa come assoluta non dipendenza da alcuna realtà esterna, tanto meno dalla 'società civile' di stampo liberal-borghese; la costruzione dei diritti dei cittadini in chiave di articolazione del potere pubblico-statale, di risultato della sua autolimitazione, con una evidente enfasi e sottolineatura del momento della funzione, del dovere, della necessaria solidarietà, della appartenenza piuttosto che della autonomia; la riduzione dell'aspetto elettivo-partecipativo a procedura di designazione dei cosiddetti 'capaci', così da poter sistemare le rappresentanze politiche in modo indifferenziato entro la categoria dogmatica degli organi dello Stato, sul presupposto evidente di una radicale negazione di ogni autonomia configurazione politico-giuridica del popolo di fronte allo Stato; la chiara, ed a lungo

perdurante, incapacità di tematizzare sul piano costituzionale le forze 'particolari', e gli stessi partiti politici, ritenuti di necessità disgreganti quella unità 'naturale' e 'necessaria' sulla quale in definitiva si riteneva fondata la stessa personalità statale. L'elenco potrebbe ulteriormente allungarsi, ma eventuali altri punti avrebbero comunque in comune con quelli già indicati la medesima caratteristica: sarebbero tutti espressione di un approccio organicistico ai problemi dello Stato e del diritto costituzionale ed amministrativo, che ripudia, o quanto meno fortemente teme, il momento dell'autonomia, che punta all'assorbimento nello Stato, o in alternativa alla radicale estraneità ad esso, o ad entrambe le prospettive insieme, di ciò che sommariamente può essere chiamato individuo-cittadino, società, partito, popolo.

Nondimeno, non sbaglia Massera — a nostro avviso — a sottolineare anche l'altro aspetto, in definitiva l'origine liberale — con Albrecht — della personalità giuridica dello Stato, il suo oggettivo corrispondere ad una stagione storica che complessivamente aspira a costruire rapporti giuridicamente certi e calcolabili, sul modello del nuovo diritto privato liberal-borghese. Il fatto è che tutto questo non è mai costitutivo *da solo* della personalità giuridica dello Stato all'interno della tradizione giuspubblicistica europea; il fatto è che quella tradizione ci ha consegnato insieme l'aspetto liberale del superamento dell'arbitrio soggettivistico e del rapporto giuridico tra eguali, e quello organicistico, tra loro, anche concettualmente, spesso in posizione di netto conflitto, ma nondimeno entrambi presenti in modo inestricabile, così da attribuire alla figura dello Stato-persona quella strutturale ambivalenza di significato — conquista della società liberale, o forma esasperata di statualismo? Stato-garanzia, o Stato supersoggetto? —, dalla quale anche noi abbiamo preso le mosse.

La stessa ambivalenza troviamo anche sul versante dell'organo, e della sua dogmatica, alla quale Massera dedica pagine da porre in diretta connessione con la problematica dello Stato-persona. Come mostra lo stesso Massera, che ripercorre anche per la dottrina dell'organo i complicati sentieri della giuspubblicistica europea, quella dottrina ha avuto la funzione di enucleare un momento formale-astratto — inserendo nel concetto giuridico di organo il concetto di pubblico ufficio — che ha consentito di riferire allo Stato-persona una serie di comportamenti in tal modo spersonalizzati, e proprio per questo riconducibili ad ipotesi di responsabilità verso i privati destinatari degli atti di rilevanza pubblicistica connessi con quei comportamenti; ma, d'altra parte, dal punto di vista organicistico, questa stessa radicale alternativa tra prospettiva statale-pubblicistica della dottrina dell'organo e prospettiva necessariamente privatistica della relazione di rappresentanza ha favorito, non solo un'accentuata statizzazione dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini e delle stesse rappresentanze politiche elettive, concepite come organi dello Stato —

come abbiamo visto — attivi mediante ‘ufficiali designati’ da parte del corpo elettorale, ma anche, a livello amministrativo, una visione dell’apparato statale come entità straordinariamente coesa, che si poneva di fronte alla complessità del dato amministrativo-pubblico, ed al nuovo proliferare novecentesco di figure organizzative differenziate, in modo fortemente rigido, quasi come un argine — come afferma lo stesso Massera — posto a difesa della ‘essenza’ dello Stato amministrativo di fronte ad un sempre più emergente policentrismo, evidentemente ritenuto quanto meno potenzialmente eversivo.

Dunque, per riassumere, proprio nel punto più alto di formalizzazione dell’agire statale pubblicistico, nella dottrina dell’organo, ritroviamo, accanto al profilo della garanzia, il momento, evidentemente ineliminabile, dello Stato-organismo come supersoggettività che tende ad *inglobare* o a *respingere*, secondo un necessario meccanismo di secca alternativa — immedesimazione con lo Stato-persona, o espulsione al suo esterno —, che ha probabilmente le sue fondazioni storiche nella critica di primo Ottocento al contrattualismo ed all’individualismo della rivoluzione. Nella dottrina dell’organo sembrano così coesistere aspetti garantistici a favore dei cittadini, ed altri aspetti decisamente autoritari, d’integrale statizzazione delle istituzioni sociali nel seno di uno Stato amministrativo che vuole ribadire la sua organica unità anche in tempi di più intensa complicazione della struttura e dell’agire delle pubbliche amministrazioni.

Ora, a me sembra che il merito maggiore di Massera sia quello di aver affrontato di petto questa ambivalenza della tradizione giuspubblicistica europea, nella sua duplice espressione della dottrina dello Stato-persona e della dottrina dell’organo. Non si deve dimenticare che il volume di Massera, pur avendo un vero e proprio contenuto di storia delle dottrine giuridiche, in realtà è tutto funzionale a progettare una rielaborazione dogmatica del problema della soggettività nel diritto amministrativo contemporaneo, secondo l’autore pensabile appunto solo *attraverso* un confronto così intenso e globale con la tradizione dottrinale. Sottolineo questa circostanza perché a me pare che Massera, sul presupposto di una dichiarata inadeguatezza degli strumenti tradizionali a fronte delle problematiche poste dalle amministrazioni contemporanee, si muove *come giurista* più sul piano delle necessarie operazioni di risistemazione delle realtà amministrative pubbliche che non su quello della critica ideologica ad un passato dottrinale troppo spiccatamente organicista e statualista. Se quest’ultimo viene rifiutato non è solo in nome di altre opzioni politico-ideologiche, o dell’emersione di altri valori costituzionali a partire dalla metà del nostro secolo, ma proprio perché *il mestiere di giurista*, certamente legato al primo ipotetico lato del nostro Stato-persona, quello della razionalità, della prevedibilità, delle garanzie, *non è più possibile se non scartando* la concreta forma storica di riflessione che

aveva legato tutto questo alla centralità assoluta dello Stato-persona come riflesso 'necessario' di una collettività organicamente intesa.

In definitiva, per dirla in una parola: oggi, per essere buoni giuristi non si può altro che porsi contro la tradizione, o meglio contro quell'aspetto della tradizione che legava ogni prospettiva di certezza individuale e collettiva ad una persona miticamente concepita come compimento ultimo di tutti i processi politici e sociali. Così, l'ambivalenza è definitivamente sciolta, e la rinuncia al nostro Stato-persona non ricaccia il giurista nel grande mare delle scienze sociali — con le quali per altro viene auspicato nel volume un colloquio più intenso: basti pensare alla possibile utilità del concetto di 'organizzazione' per lo specifico della costruzione dogmatica amministrativistica —, ma è all'inverso il presupposto per la formulazione dei termini essenziali di *un'altra dogmatica*, ispirata, per così dire, esclusivamente al primo lato dello Stato-persona, quello della razionalità in funzione di garanzia, ovviamente presupponendo anche in quest'ultimo ambito — l'osservazione è perfino banale — i mutamenti intervenuti con la nuova Costituzione, con il principio di sovranità popolare, con la nuova, e ben più estesa, catalogazione dei beni da tutelare sul piano costituzionale.

Inizia qui la parte propositiva dell'analisi di Massera, si pongono qui i «primi esiti di una riconsiderazione dogmatica», con i quali si conclude il volume. In linea con quanto dicevamo sopra, non appare più possibile una soddisfacente costruzione dogmatica dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini, se non attraverso riferimenti generali diversi da quelli dello Stato-persona, quindi secondo criteri di sistemazione diversi da quello tradizionale del tipo di relazione con l'ente statale; così come l'accresciuta compenetrazione tra amministrazione ed interessi organizzati, tra amministrazione e gruppi sociali, ed il conseguente disporsi della prima in 'individualità istituzionali' dirette alla soddisfazione di specifici bisogni, in sé costituite perché funzionali al conseguimento di specifiche utilità, fa sì che la tradizionale figura dell'organo, con il connesso tradizionale meccanismo imputativo di competenze e funzioni, non garantisca più alcun apprezzabile livello di razionalità-obbiettività della pubblica amministrazione — se non probabilmente dal punto di vista specifico dell'incardinamento di responsabilità: ciò che ovviamente è cosa tutt'altro che da trascurare —, aprendo così la nuova via, sulla quale del resto la migliore dottrina insiste da qualche tempo, della 'organizzazione' come criterio di fondo di un agire amministrativo pubblico disposto in senso teleologico-funzionale, in relazione ai valori direttamente affermati e tutelati a livello costituzionale, e corrispondenti ad altrettanti obiettivi da conseguire, in definitiva, di nuovo, a specifici compiti della stessa pubblica amministrazione.

Con questo, e giunti a questo punto, lo storico del pensiero è forse

già andato oltre il segno, si è forse, per così dire, già intromesso in una discussione non sua, interna alla famiglia disciplinare amministrativistica. Ed infatti, non ci occuperemo anche di questa ultima parte del volume di Massera, se anche in questo caso — quello delle 'prospettive', per dirla nei termini accademici più consueti — non si riproponesse puntuale il problema del rapporto con la tradizione, l'unico che a noi può direttamente interessare.

In realtà, faremmo torto alla complessità argomentativa del volume di Massera, se ci limitassimo a discorrere del rifiuto di certi strumenti della tradizione dottrinale, più legati allo Stato-persona come Stato-organismo, alla identificazione Stato-popolo, insomma più clamorosamente inattuali a fronte del policentrismo proprio delle pubbliche amministrazioni contemporanee. Il punto è che Massera si sforza anche di recuperare materiali teorici utili al presente dall'interno della tradizione medesima. Ciò concerne soprattutto la figura di Santi Romano. A partire dalla sua opera, evidentemente giudicata come primo atto di comprensione di quel policentrismo di cui sopra dicevamo, viene indicata nel libro una linea di riflessione dottrinale, che è quella, in sintesi, della distinzione tra Stato-persona e Stato-ordinamento. Essa viene giudicata come la condizione preliminare necessaria al fine di riproblematizzare la struttura ed i compiti della pubblica amministrazione oggi, in una situazione in cui — come abbiamo in parte già visto — tutta la dogmatica pubblicistica ed amministrativistica, dai diritti pubblici soggettivi fino agli stessi organi, sembra che debba essere riferita più al versante dell'ordinamento e della organizzazione che non a quello della articolazione delle manifestazioni di sovranità dello Stato-persona. Tutto ciò viene inoltre pensato in forte connessione con i nuovi contenuti della Costituzione del 1948, ed in particolare con il principio della sovranità popolare, visto come fattore essenziale della distinzione tra Stato-persona e Stato-ordinamento — in embrione intuita da Santi Romano —, e quindi della riduzione del primo alle dimensioni 'strette' dell'apparato amministrativo, e della corrispondente esaltazione del secondo come nuova dimensione finalmente emancipata dalla vecchia oppressione del dogma autoritario della sovranità dello Stato, e per ciò stesso disponibile ad essere determinata da quei concreti indirizzi politici che il popolo voglia indicare nell'esercizio del suo potere sovrano.

Ora, a me pare che l'aver fissato il punto d'inizio di tutta questa vicenda teorica in Santi Romano costringa il nostro autore, da una parte a sottovalutare il legame dello stesso Romano con il suo maestro Orlando sul piano generalissimo della cultura giuridica di stampo organicistico, ma poi — ciò che ci interessa più direttamente — soprattutto ad estrapolare le costruzioni romane più specificamente amministrativistiche dal contesto complessivo italiano, tra fine secolo ed età giolittiana, di edificazione dottrinale della figura dello Stato

amministrativo, ad esempio, in pagine per noi sul punto assai illuminanti, segnando in modo netto le differenze, pur presenti, tra le elaborazioni dogmatiche di Santi Romano e di Oreste Raneletti, queste seconde assunte evidentemente come tipo specifico di riflessione di stampo iperstatualistico, inconciliabile — a differenza dell'opera giuridica romaniana — con i dati emergenti, o più tardi, del policentrismo amministrativo e della sovranità popolare.

Ma ciò che andiamo dicendo non riguarda solo problemi interni alla storiografia della cultura giuspubblicistica italiana, ed europea, tra Otto e Novecento. Sul punto, la funzione dello storico delle dottrine giuridiche sarebbe assai misera, se egli si limitasse a ricordare, ad esempio, come la nostra distinzione tra Stato-persona e Stato-ordinamento, in Romano come in altri, sia nata sul terreno tradizionale del *Rechtsstaat* inteso come Stato sovrano e limitato nello stesso tempo, sia nata cioè più per colmare alcune lacune interne alla tradizionale dogmatica dello Stato-persona che non presagendo un futuro del tipo di quello che è ricostruibile leggendo in un certo modo la nostra Costituzione del 1948. E, del resto, la stessa lettura dell'opera romaniana compiuta da Massera è ben attenta a sottolineare anche certi elementi di complessità, certi possibili significati di quella opera da porre in più diretta connessione con determinati aspetti — tra cui anche quello organicistico — della più risalente tradizione dottrinale.

Il punto è un altro, e riguarda, secondo noi, l'intuizione romaniana dello Stato-ordinamento come specifica espressione teorica di tutto un versante della tradizione giuspubblicistica, che riassumiamo sotto l'etichetta di Stato amministrativo. In realtà, *questo* Stato-ordinamento — e non quello sul quale si va affannando la dottrina dei decenni a noi più vicini, in connessione con il principio di sovranità popolare, che ovviamente Romano disconosceva radicalmente — è qualcosa di straordinariamente vicino allo Stato-impresa di Otto Mayer e di Hauriou, ed anche allo Stato 'moderno' per eccellenza di Carl Schmitt. Per tutti questi personaggi, contestare in varie forme e misure la personalità giuridica dello Stato — e Romano tra questi è certamente il contestatore più blando — significò certamente contestare l'adozione di un dogma *privatistico*, come la 'personalità giuridica', nel campo del diritto pubblico, ebbe lo scopo di evitare un approdo teorico in cui il potere dello Stato — come diceva Otto Mayer — potesse essere concepito come vincolato, o meglio legato, con le catene della personalità giuridica. Se leggiamo ancora una volta le pagine de *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano, non ci accorgiamo forse che lo scopo principale è quello di trovare nell'istituzionalismo una filosofia giuridica adatta alla *irriducibile specificità* del dato pubblico-amministrativo, in opposizione ad un normativismo che è inteso come proprio e peculiare della riflessione giusprivatistica? E cosa dovremmo pensare della riflessione di Santi

Romano sul 'diritto pubblico patrimoniale', sui beni pubblici e sulle relazioni patrimoniali della pubblica amministrazione con i cittadini, se non che essa rappresenta un poderosissimo sforzo di pubblicizzazione, in sintonia con il parallelo lavoro di Otto Mayer in Germania? Ed infine, cosa dovremmo pensare della straordinaria consonanza di significati, presso tutti questi giuristi, della locuzione 'Stato moderno' come Stato sovrano che è nato dalla distruzione di tutti i particolarismi antichi, ed è di necessità destinato a sconfiggere tutti i nuovi?

Allora, per questi nostri giuristi, ivi compreso Santi Romano, affermare che lo Stato non è persona giuridica, o non lo è esclusivamente, o non lo è sempre, non significava affatto mettere in crisi la tradizione dottrinale da cui provenivano, ma piuttosto trasformarla con l'intento di rafforzarla, mostrando come la stessa *sovranità dello Stato*, vero punto focale di quella tradizione, indipendentemente dalla attribuzione allo Stato medesimo della personalità giuridica, non fosse più difendibile in chiave di 'necessaria' e 'naturale' qualità della persona statale — come era ancora per Jellinek ed Orlando —, ma dovesse essere confermata mostrando piuttosto come lo Stato fosse sovrano per la sua capacità di essere *effettivo ordinamento* della collettività, nel senso dinamico di un'amministrazione-impresa con forti connotati imperativi, in cui veniva così a solidificarsi la cosiddetta 'essenza' dello Stato medesimo, con la prospettiva anzi di una vera e propria identificazione tra Stato ed amministrazione.

Tutto questo, ed anche altro, è lo Stato amministrativo: è lo Stato in cui — come molti hanno detto e scritto — è dominante la dimensione del provvedimento amministrativo e della sua adeguatezza 'alle cose', ma proprio per questo è anche lo Stato nel quale più intenso è il bisogno di legittimazione, in un'età — non lo dimentichiamo mai — di piena crisi del ruolo costituzionale delle rappresentanze politiche elettive, dove più forte è l'esigenza di rimarcare la differenza tra il pubblico-statale, se pur esteso a livello patrimoniale, ed il privato-associativo, dove quindi, non a caso, si forma quel progetto d'intensa pubblicizzazione dell'agire pubblico-amministrativo, di marcato rifiuto di adozione di strumenti convenzionali, di cui fu protagonista certamente anche Santi Romano, per ciò che riguarda l'Italia.

È ormai chiaro che su questo punto si deve registrare un dissenso con l'autore del volume che andiamo discutendo. Vorrei però chiarire ulteriormente il significato di tutto questo gran discorrere su Santi Romano, sullo Stato amministrativo, sulla tradizione giuspubblicistica, e sul suo rapporto con le esigenze della dogmatica amministrativistica contemporanea. Mio intento era quello di mostrare come la nostra tradizione comprenda, non solo l'affermazione, su basi più o meno organicistiche, del dogma della personalità dello Stato anche in chiave

di 'razionale' sistemazione del rapporto Stato-cittadino, ma anche la negazione, totale o parziale, di quel dogma, compiuta al fine di rafforzare il momento più rilevante della tradizione medesima, che è dato dalla sovranità dello Stato, questa volta intesa come primato di un'amministrazione in sé legittimata, che ritiene di non essere più essa stessa espressione della persona statale, ma piuttosto lo Stato medesimo nella sua 'essenza'. In Germania, durante l'età di Weimar, con Carl Schmitt venne in primo piano proprio questo lato della tradizione giurispubblicistica, con la doppia esaltazione della organica unità storica del popolo tedesco — non eravamo forse partiti proprio dall'organicismismo come componente essenziale di quella tradizione? — e del complesso istituzionale Presidente-burocrazia, quale più alta forma di identità dello Stato, vero argine contro le dissoluzioni di stampo partitico-parlamentaristico.

Con ciò non si vuole affatto dire che tutto questo sia contenuto negli spunti romaniani in direzione dello Stato-ordinamento, che nel complesso sembrano anzi assai meno arditamente proiettati verso un futuro incerto e gravido di pericoli, più interni ai necessari correttivi da apportare alla dottrina dello Stato-persona. Qui si voleva solo sottolineare come vi sia un legame certo non casuale tra dottrine dello Stato amministrativo e dottrine istituzionistiche, nelle varie versioni fornite da Hauriou, da Schmitt, dallo stesso Romano, da Otto Mayer; era proprio quest'ultimo ad affermare, in modo per noi esemplare, che compito essenziale dello Stato, tramite l'amministrazione, è quello di «creare e difendere unità di popolo».

In conclusione, e per tornare più direttamente al volume di Massera ed al nostro segnalato dissenso, se noi inseriamo l'opera di Romano in questo contesto dottrinale dello Stato amministrativo, risulterà evidente come divenga impossibile una sua valorizzazione come 'precedente' di una riflessione che si muove ormai sul presupposto del principio di sovranità popolare, e nella concreta situazione storica di un diffuso policentrismo amministrativo. La dottrina dello Stato amministrativo rappresenta infatti il massimo tentativo di autolegittimazione dello Stato e della sua sovranità, impone il primato assoluto dell'atto unilaterale ed imperativo, riannoda tutto l'agire pubblico-amministrativo attorno a quella medesima sovranità dello Stato, è insomma in conflitto chiarissimo con il bisogno di quella nuova dogmatica adeguata ai tempi, della quale discute — come sappiamo — lo stesso Massera nell'ultima parte del suo volume.

Infine, un chiarimento conclusivo. Il nostro dissenso con Massera riguarda un solo punto specifico, per quanto delicato, che è dato dalla valutazione dell'opera di Santi Romano, soprattutto dal punto di vista del colloquio che oggi sarebbe possibile instaurare con determinati aspetti di quella medesima opera. Condividiamo però il taglio complessivo del discorso di Massera verso la tradizione, che è prudente ed

equilibrato, reciso nel segnare gli irreversibili momenti di distanza, ma anche attento a recuperare dalla tradizione ciò che può sembrare più utile per la soddisfazione dei bisogni del presente. Condividiamo questo approccio anche come storici, perché pensiamo che il compito dello storico delle dottrine giuridiche non si possa esaurire affatto nella pur necessaria opera distruttiva di demitizzazione, pensiamo che egli debba stare in colloquio con il giurista positivo anche sul versante di una qualche nuova ipotesi di ricostruzione dogmatica.

Se così è, vorremmo allora sollevare un ultimo problema, anche se in modo forzatamente allusivo. Confesso che, leggendo l'ultima parte del volume di Massera, ed in particolare riflettendo su tutto quel suo insistere sul tema dell'ordinamento, sullo spostamento della sovranità stessa dalla persona giuridica proprio verso l'ordinamento, più volte mi è venuto in mente il contributo che al nostro ordine di problemi fu fornito da Hans Kelsen a partire dai suoi fondamentali *Hauptprobleme* del 1911, e mi sono domandato allora perché mai Kelsen non possa far parte delle odierne 'prospettive', se per caso non stia nel suo lavoro teorico quella parte della tradizione di cui oggi abbiamo bisogno. Non è forse in Kelsen il punto più alto di critica all'organicismo che conosciamo, alla cosiddetta 'essenza', o 'sostanza', dello Stato, alla identificazione di popolo e Stato, come ammette lo stesso Massera, proprio nelle pagine del volume dedicate a Kelsen? Non è stato forse Kelsen il più aspro critico dello Stato amministrativo, il più fervido sostenitore di una logica ordinamentale, di tendenziale parificazione tra soggetti pubblici e privati? Non ha forse egli sostenuto quel sindacato di costituzionalità, che ai teorici dello Stato amministrativo sembrava dovesse disgregare la mitica unità dello Stato, e che poi è entrato — non senza fatica — nella nostra Costituzione del 1948? Non è forse in lui che troviamo per la prima volta il dato costituzionale della pluralità dei partiti politici, e del conflitto-compromesso tra loro come strumento di determinazione di un certo indirizzo politico? E se il tanto criticato Stato kelseniano, ridotto — si può domandare: 'ridotto' rispetto a quale misura ideale, e sostanziale, di 'Stato'? — a punto finale di imputazione giuridico-normativa, fosse ancora oggi un utile punto di partenza per ulteriori riflessioni di tipo ordinamentale?

Come vediamo, si tratta solo di una serie di domande. Non si può davvero andare oltre, quanto meno in questa sede. Vorremmo invece concludere ancora con due parole di ordine generale sul libro di Massera, come vuole la consuetudine accademica, ma certo non solo in nome di essa. Di questo libro, si può dire certamente una cosa: dopo tanto discorrere sulla 'crisi' della personalità giuridica dello Stato e della stessa tradizione giuspubblicistica, dopo tante prolusioni poco più che allusive, finalmente un giurista ha avuto il coraggio e la pazienza di chinarsi davvero sui dati di quella tradizione, di esaminarli uno per uno, di analizzarne e distinguere, di misurare la loro maggiore o minore

distanza dai problemi contemporanei. È questo un merito certo di non poco conto, che può e deve essere riconosciuto ad Alberto Massera. Egli ha creato una sorta di ideale tavolo di lavoro per tutti coloro che vorranno dedicarsi a sviluppare quelli che lui medesimo ha definito «primi esiti di una riconsiderazione dogmatica», ed anche per sé medesimo, per il futuro sviluppo della sua ricerca, che — come leggiamo nella introduzione — sarà dedicata, in modo coerente e significativo, alle amministrazioni statali con ordinamento autonomo. Poiché siamo del tutto sicuri che la ricognizione della più risalente dottrina compiuta da Massera non rappresenta affatto, come troppo spesso è accaduto in passato, una sorta di ‘cappello storico’ posto sopra ai problemi della dogmatica contemporanea, egli può essere sicuro che lo storico-recensore continuerà anche in futuro ad ‘intromettersi’, ad esplorare territori quanto meno in apparenza non appartenenti al suo campo disciplinare.

MAURIZIO FIORAVANTI

Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600-1800*. Verlag C.H. Beck, München, 1988, pp. 431.

Chi si accinge a scrivere si trova in una difficile situazione. Ma, stavolta, essa non è immediatamente riconducibile ad un ordine di cause derivanti dall'oggetto di cui vuol proporsi una disamina: per fare un esempio, alle eventuali difficoltà ‘materiali’ di rendiconto di un'opera che, fin dall'inizio, si presenta anche solo esteriormente come ‘monumentale’; oppure — su di un altro piano — alla ‘intensa’ pluralità di chiavi di lettura che sembrano da sé imporsi ad una valutazione che possa sia pur superficialmente ambire alla denominazione di ‘critica’.

Non si tratta di questo. La causa va piuttosto ricercata in quella che pare essere divenuta — senza peraltro suscitare adeguata riflessione — la caratteristica oggettiva dominante del genere letterario ‘recensione’ in quanto tale; in quanto, quindi, voglia farsi portatore della suddetta attività di valutazione critica: voglia, cioè, — in altri e più precisi termini — costituire un valido supporto orientativo per il lettore.

Tutto ciò, comunque, inteso non già però solo in quel senso invalso, assai dimesso e riduttivo, di favorire la mera ‘comodità’ del lettore medesimo, sotto le specie di agevole prontuario riassuntivo pur (-troppo, spesso) certamente utile, ma bensì nel senso di essere servizio

per quest'ultimo nel momento stesso in cui essa cerchi (perlomeno) ed intenda farsi servizio anche alla 'scienza'.

La caratteristica alla quale si alludeva può allora individuarsi nello 'smorzamento di toni' al quale il genere letterario sembra tendenzialmente sottoporsi, in una con l'attutimento della sua intrinseca rilevanza — appunto — 'scientifica' (col che, beninteso, poco ha a che fare il rilievo dell'eventuale aumento statistico-quantitativo).

Se tentassimo di cogliere qualche spunto per una storia del 'genere' che è tutta da scrivere, paragonando — di sfuggita, ovviamente — codesta situazione con quella, sotto più profili esemplare (per la sua 'differenza') degli albori ottocenteschi della scienza giuridica moderna, non faremmo fatica ad accorgerci di come assai più sfumati fossero i confini tra recensione e saggio autonomo, di come la recensione non fosse reputata genere insuscettibile di contenere (e quindi valorizzare) materiali e contributi originali di ricerca, di come anzi essa fosse assai in profondità strumento di un dialogo serrato, che andava ben al di là della semplice 'segnalazione', luogo di proposizione di manifesti 'scientifici', di polemiche spesso appassionate ed anche appassionanti, e, perchè no, di ritrattazioni, di mutamenti di rotta o correzioni di tiro: insomma, un genere 'aperto' nel senso, soprattutto, che il 'dialogo a distanza' da implicito poteva spesso trasformarsi in 'esplicito', che la replica, la risposta rappresentavano sempre una possibilità, ma una possibilità 'reale', costitutiva del genere medesimo.

E il pensiero corre ad un Hugo — chi avrebbe oggi il 'coraggio', o meglio, a chi potrebbe oggi venire 'oggettivamente' in mente di pubblicare in più volumi le proprie 'Gesammelte Rezensionen und Anzeigen', non solo occupando centinaia e centinaia di pagine, ma affermandone così il valore autonomo? —, a Savigny, a Puchta, ai nostri maggiori.

Se siamo — nè lo potremmo, da storici — ben lungi dal volere offrire un quadro idillico del passato, non possiamo neppure sottacere il fatto che un tale schizzo 'tipologico' riveste qui solo la modesta funzione strumentale di segnalare questo dato innegabile (o almeno così ci pare) della caduta di tensione 'dialogica'.

Innegabile e paradossale ad un tempo: ciò avviene, infatti, proprio nell'epoca della 'riflessività', della 'referenzialità' senza confini, nella quale appunto «l'ultima grande invenzione di un genere letterario a cui abbiamo assistito è stata compiuta da un maestro dello scrivere breve... ed è stata l'invenzione di se stesso come narratore»; un'invenzione allora tale da rendere inevitabile, ed anzi necessaria la configurazione medesima dell'opera originale 'in forma di recensione' di un'ipotetico libro già scritto: «fa parte della leggenda di Borges l'aneddoto che il primo straordinario racconto scritto con questa formula... quando apparve nella rivista «Sur» nel 1940, fu creduto

davvero una recensione...» (I. CALVINO, *Lezioni americane*, Milano, 1988, p. 49). Se, allora, lo smorzamento dei toni corrisponde ad una 'caduta' del dialogo, ad uno stravolgimento funzionale del genere, non sorprenderà poi tanto l'osservazione secondo cui lentamente e surrettiziamente — quando si dovrebbe dar corso a disamine critiche 'negative' — il silenzio ovvero la 'mancanza' di recensione venga spesso a sostituire la 'stroncatura' di papiniana memoria (ovvero, ancora, che nei rari casi in cui essa ha luogo, troppo spesso la reazione psicologica di inimicizia del recensito, non esplicitata, venga a sostituire quella scientifica, pur astrattamente possibile).

Ben si potrebbe dire (con rammarico? sosterremmo di sì) che sono ormai lontanissimi gli anni wildiani del 'puro' egotismo: «che importa se di me parlate bene o male, basta che ne parliate!».

Ma al di là della *boutade*, il fatto che il genere non si possa quasi più spingere verso il suo limite espressivo per così dire 'negativo', ne segnala un aspetto strutturale rilevante, poichè l'intensità espressiva negativa è legata a doppio filo alla sua reciproca. E qui è proprio Papini a venirci in soccorso, dato che — cosa forse non del tutto nota — le sue celebri (e poco rilette) *Stroncature* non contengono solo «stroncature vere e proprie» ma anche «pagine amorose su amici morti e vivi e, finalmente, saggi informativi, presentazioni di uomini singolari stranieri».

In una parola — e proprio qui volevamo giungere — se lo si depauperava della sua espressività negativa, il genere rischia fortemente di non essere più in grado di utilizzare credibilmente neppure i suoi registri 'alti'.

Ora appunto di questi ultimi c'è bisogno per collocare appropriatamente — anche senza voler integralmente accedere all'altra affermazione papiniana secondo cui «lo sdegno e l'entusiasmo sono, a mio parere, vie di scoperta e di conoscenza più del giudizio pacato, savio e riflesso», laddove forse è proprio quel 'più' l'elemento 'più' contestabile — l'ultima fatica di Michael Stolleis.

Ed in prima approssimazione con questo volume inaugurale della sua 'Storia del diritto pubblico in Germania' (1600-1800) a buon diritto possiamo affermare — in un linguaggio forse desueto e comunque non corrente con riferimento alla trattatistica giuridica — di trovarci dinanzi ad un vero e proprio 'avvenimento letterario'.

Siamo, cioè, dinanzi ad un'intrapresa che per concezione e realizzazione è degna di figurare soltanto accanto ai capisaldi del genere: in tempi recentissimi al 'savigniano' *Europäisches Privatrecht. Band I; Altes Gemeines Recht (1500-1800)* di Helmut Coing, apparso nel 1985 per gli stessi tipi dell'editore Beck e, risalendo qualche po' addietro, fors'anco per gli intenti paragonabile alla ormai classicissima 'Storia del diritto privato moderno' (1952) del Wieacker, nonché

soprattutto — per alcuni rispetti che risulteranno più chiari in sede di descrizione della struttura — alla *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* di R. Stintzing-E. Landsberg (1800-1910).

Trascorso brevemente il panorama dei possibili modelli di riferimento, non a caso a caratterizzazione privatistica o generale, chè uno dei movimenti della ricerca ci sembra costituito appunto dalla necessità, avvertita ormai come irrinunciabile, di colmare una anche troppo percettibile lacuna della trattatistica storiografica giuspubblicistica, portandola al livello invece indubbiamente già raggiunto dalla consorella che si occupa del diritto privato; si potrebbe ancora — ma qui con molte più difficoltà e finanche perplessità, data l'originalità del tentativo — cercare di indicare quale ' analogo ' più specifico sotto il profilo dell'oggetto, a partire da quelle però che il medesimo S. indica (p. 44) come le *Nachbardisziplinen* pubblicistiche, segnalandone ovviamente, al contempo, la diversità d'impostazione e d'intenti.

Pensiamo in particolare alla storia della legislazione (W. Ebel), alla storia dell'amministrazione — a tal proposito, oltre al testo di Hans Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre* (1980), è d'obbligo citare la monumentale e minuziosissima *Deutsche Verwaltungsgeschichte* (1983-1987) a cura di Jeserich, Pohl e v. Unruh, che però segnala subito una sua differenza radicale nell'essere pensata e confezionata ' a più mani ' (fra i collaboratori, com'è noto, figura anche il Nostro) — ed infine e principalmente alla storia costituzionale (F. Hartung, E. Forsthoff, O. Kimminich, H. Boldt, ma soprattutto E. R. Huber).

Abbiamo più sopra solo di sfuggita annotato come alcuni possibili — ed anzi, forse i più plausibili — modelli strutturali di una tale intrapresa andassero ' non a caso ' ricercati e rinvenuti nel campo della storiografia privatistica — un accenno, quest'ultimo, che avrà potuto suscitare almeno un moto di sorpresa.

Vale allora la pena di approfondire brevemente il punto, anche perchè in tal modo ci sarà consentito di sfiorare alcune tematiche di carattere metodico dall'autore con grande lucidità ricapitolate introduttivamente (pp. 43-57).

Un simile progetto storiografico assume infatti, a nostro avviso, un rilievo del tutto peculiare qualora lo si interpreti — astraendo per un momento dai suoi specifici meriti e contenuti — ' contestualizzandolo ' nel quadro universitario-istituzionale germanico; avendo cioè presente come le Facoltà siano ancora rette ad ' egemonia ' tendenzialmente privatistica, sia per motivi storici facilmente intuibili e ricostruibili, sia per il differente tipo di professionalizzazione ' extra-academica ' (non esercizio dell'avvocatura, ma prevalentemente attività di *Gutachter*) a cui accedono per solito i privatisti medesimi.

Una tale peculiarità — accostata all'altra, secondo la quale lo storico del diritto deve quasi sempre affiancare al suo proprio un

insegnamento di diritto ' positivo ' — fa allora sì che, nella politica di ripartizione dei ruoli, la scelta (in questa per alcuni versi così singolare, per altri produttiva ' unione personale ') tendenzialmente cada su materia di tipo privatistico: in una parola, che gli storici del diritto provengano assai spesso dalle fila della scienza privatistica o romanistica, o verso di essa, comunque, si orientino, anche avuto riguardo alle maggiori *chances* che tale impostazione offre nel quadro di una più generale ' geo-politica ' delle chiamate.

L'aver concepito e realizzato un simile manuale da storico del diritto che è anche cultore di diritto pubblico e di *Kirchenrecht*, oltre a costituire, come subito diremo, un ben significativo *plaidoyer* per un futuro ed auspicabile maggior ampliamento della prospettiva degli studi per i nostri compagni di strada d'oltralpe, rappresenta quindi un decisivo salto di qualità nella (ri-)legittimazione di storie del diritto ' non 'privato (soprattutto pubblico e penale) sullo stesso piano di dignità (anche istituzionale) che compete alla tradizionale *Privatrechtsgeschichte*.

Che la problematica sia ovviamente interna al peculiare sviluppo della disciplina in Germania, non toglie nulla al rilievo che fin da ora — in attesa di più precisi riscontri a livello di recezione, che dovrebbero attenere anche, ci preme sottolinearlo, alla sua diffusione come ' strumento ' per gli studenti — ci pare sia da assegnare ad una simile ' scommessa ': altrimenti detto, d'ora in poi sarà difficile — appunto perchè una grave lacuna è stata finalmente colmata, e ancor più lo sarà quando l'autore completerà il suo dittico — che la strutturazione di manuali generali di storia del diritto (moderno) resti quella descritta dal Nostro (p. 51), con il loro ' sguardo ' quasi soltanto occasionalmente (*gelegentlich*) gettato «alla letteratura pubblicistica».

Il carattere di ' scommessa ' (riuscita) insito nella scelta di ' fondare ' una storia dello *ius publicum* nell'età moderna emerge sin dall'inizio. E non soltanto perchè — come nota del resto lo stesso S. — a paragone della Storia del diritto privato moderno, ormai da lungo tempo ' stabilizzatasi ' e dotata quindi di una confortante tradizione (od anche a paragone con la medesima storia costituzionale), qui manchino troppo spesso gli studi preparatori; e laddove vi siano, — tipico il caso della pur interessante e bibliograficamente agguerrita monografia di D. Wydukel (*Ius publicum. Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, 1984), che ambisce addirittura a fornire una sintesi di 600 anni di sviluppo — essi tuttavia abbisognino di profonde correzioni o reinterpretazioni, che in particolare li sottraggano al loro rischio d'origine: l'utilizzazione di concetti ' anacronistici ' nel valutare le fonti, un'utilizzazione in ultima analisi derivata dal volerle costringere nel letto di Procuste di una loro postulata ' correttezza ' rispetto alle odierne soluzioni dogmatiche, ch'è tipica, appunto, di una storia del diritto tale

da non prendere le mosse da una prospettiva realmente autonoma e quindi non funzionalizzabile rispetto alle problematiche attuali del diritto pubblico positivo (p. 52 e 56).

Non soltanto in ciò, dicevamo, emerge il carattere di scommessa di questa sintesi, ma altresì nell'enorme lavoro di prima mano sulle fonti, che ha richiesto la sistematizzazione storiografica di quella «vera e propria montagna di scritti» che rappresenta il legato della scienza del diritto pubblico del Sacro Romano Impero germanico nei secoli 17° e 18°: sicuramente essa non poteva sinora certo considerarsi in alcun modo soddisfacentemente analizzata. Il contributo che S. fornisce in questo senso è impressionante, ed anche soltanto la monumentale bibliografia delle fonti primarie (pp. 15-41) — la quale contiene il riferimento ad oltre cinquecento autori, sfiorando poi gli ottocento (leggasi 800!) titoli compulsati, moltissimi dei quali, inoltre, di difficile reperibilità — verrà senza meno a costituire un punto di riferimento irrinunciabile per tutti gli studi successivi.

Un risultato, questo, che sarebbe stato impensabile senza un amplissimo e oggi quasi desueto impegno in mesi ed anni di studio, ma certamente anche senza una rete organizzativa interbibliotecaria di un'invidiabile efficienza, i cui vertici sono stati costituiti dalla Herzog August Bibliothek Wolfenbüttel e dal Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte a Francoforte: tra i risultati di tale acribia filologica ci piace segnalare a questo proposito — in quanto ci sembra rispondano a più che ad una mera curiosità erudita — il recupero della sconosciuta *Dissertatio politica de regno recte instituendo et administrando* (Resp. Hugo Pelletarius), Herborn, 1602, di Johannes Althusius (p. 107), nonché quello del primo lavoro («*Disputatio de iustitia et jure*», 1611) di Dietrich Reinking (1590-1664) che vale in assoluto quale autore di uno dei primissimi manuali di diritto pubblico (p. 218).

‘Storia del diritto pubblico’ è ovviamente espressione assumibile in molteplici significati. Merito di S. è l'aver compreso che l'intrapresa non poteva essere destinata — se avesse voluto realmente preservare una sorta di autonomia rispetto alle summenzionate storie ‘apparentate’ — a muoversi immediatamente sul piano della vecchia e certamente (specie in terra di Germania) mai compiutamente rinnegata ‘storia dei dogmi’, od anche della storia degli istituti più rilevanti, di volta in volta centrali nella caratterizzazione delle epoche esaminate: il piano scelto è allora opportunamente quello della storia del pensiero giuridico, della *geistige Produktion* (p. 44), ma quindi anche della progressiva organizzazione disciplinare — in Accademie ed Università —; così come della conseguente mediazione manualistica e pedagogica.

Allora, tuttavia, il piano a cui si faceva cenno si rivela, ad un'analisi più attenta, perlomeno duplice: poichè la storia del pensiero giuridico viene concepita ‘primariamente’ come storia letteraria ‘«della comprensione scientifica, della penetrazione dogmatica e della

sistematizzazione del diritto pubblico, quindi come *Wissenschaftsgeschichte*» (p. 43).

In altri termini, l'aspetto peculiare della struttura dell'opera pare quindi rappresentato dalla sua continuativa giustapposizione e commistione della storia della scienza, degli autori e delle correnti spirituali, ma anche del libro 'libro' scientifico, delle monografie e manuali, minuziosamente collocati ed elencati per generi e discipline, con la storia dei 'risultati' dogmatici, delle elaborazioni 'oggettive' di pensiero in campi tematici (*iurisdiction*, *Regalien*, *sovranità*, *Ratio Status*, *Ius Publicum universale*, etc.): commistione che lascia comunque per precisa scelta sullo sfondo (pur senza sottovalutarli) «i fatti storici e gli atti politici».

Questo aspetto — che avvicina il nostro testo, come già si accennava, alle impostazioni di una storia biografico-letteraria, ma anche, sia pur per linee interne, 'dogmatica', per così dire «alla Stintzing-Landsberg» (intesa in senso pienamente positivo) — è certamente originato, anzi necessitato, dal dato, più volte proposto all'attenzione, dell'essere questa un'opera assolutamente 'prima' nel settore prescelto, ed inoltre — vorremmo dire — dalla apprezzabilissima umiltà di chi è consapevole di star lavorando anche per offrire un adeguato strumento di sintesi filologica per future ed ulteriori ricerche di settore.

Così è altresì facile comprendere come la storia letteraria esterna del movimento scientifico sembri alle volte prendere il sopravvento sulla storia del diritto (oggettivo) pubblico; talchè a momenti ben potrebbe dirsi di avere di fronte più una storia della 'scienza' del diritto pubblico, più una storia dell'*habitus* e dell'atteggiamento scientifico, che dei suoi prodotti. Una tale oscillazione di preponderanze è però certamente voluta, risultando pure dalla esplicita — ed oggi assai consueta — presa di distanza rispetto alla «*Ideengeschichte*» di stampo idealistico: sotto questo profilo S. mantiene comunque il riferimento ad una «*Formbarkeit von Fakten durch bestimmte 'Ideen'*» (p. 45), anche se adesso sulla base di richiami metodologici alla scuole anglosassoni e francesi della «*intellectual history*» o della «*storia sociale delle idee e delle mentalità*»; ma di fatto e, diremmo, soprattutto della tradizione 'sociologica' tedesca che va da Weber ad Oestreich ed Elias.

Tuttavia dietro l'istituito nesso storia della scienza del diritto pubblico (inteso come *habitus* in qualche modo 'soggettivo') - storia del diritto pubblico (come oggetto di una 'costituzione') si cela il problema teorico non certamente minore — intendiamo, cioè far qui riferimento a quanto messo in luce da P. Costa nel suo *Stato Immaginario* (1986) — della determinazione di se e come l'oggetto prodotto, appunto, disciplinarmente dalla scienza debba ritenersi frutto, al contempo costruttivo e 'costruito', di un immaginario

metaforico e paradigmatico che resti all'interno di una testualità giuspubblicistica tendenzialmente autoreferenziale: lo Stato (moderno) *non è la realtà*, non è in rapporto mimetico univoco con la realtà, ma bensì è la realtà *del* testo, dato che il testo non 'trova' lo Stato (moderno), ma lo rappresenta, avendolo costruito, lo *immagina*. Oppure se, viceversa, vi (e quali) siano degli elementi extratestuali ed extra-disciplinari capaci di rendere costitutivamente ragione degli sviluppi 'oggettivi' della disciplina giuspubblicistica medesima.

Il Nostro — in considerazione anche della sede manualistica — non affronta in partenza direttamente tali *ambiguitates*, pur se le sfiori, quando ad esempio si serve del concetto di *ius publicum* — uso linguistico a suo avviso appropriato soltanto nel contesto del «Frühen Neuzeit» e del processo di nascita dello stato moderno, e quindi sotto il profilo disciplinare non prima del 16° secolo: anzi, in senso stretto, non prima dell'anno 1600 (p. 48) — per delimitare i confini della coestensiva «Wissenschaftsgeschichte»; laddove, altrimenti, partendo da concetti come «Herrschaft» o «Verwaltung» (seppur correlati a sistemi regolati normativamente) intesi quali «diritto pubblico in senso ampio», proprio la stessa storia della scienza si sarebbe rivelata *uferlos* e addirittura impossibile, «wenn unter Wissenschaft *nur* ein einigermaßen geordnetes Nachdenken und die Niederschrift von Texten verstanden würde» (p. 47).

In ogni caso la questione sarà fatta riemergere, come vedremo, in sede di conclusioni interpretative e funge, comunque, da contrappunto sotteso a tutto lo svolgimento della storia biografico-disciplinare.

Va, infine, segnalata la consapevolezza che S. manifesta delle implicazioni per così dire 'politiche' che l'approfondimento storiografico di un simile tema — coinvolgente lo studio del ruolo e della 'natura' dell'antico *Reich* germanico nel quadro delle forme statali — propone sotto le vesti della sempre riaffiorante problematica dell'*identità* tedesca: un'«identità» che il recente *Historikerstreit* 'inaugurato' da Ernst Nolte era destinato a riproporre in una luce talvolta ambigua all'attenzione di un'opinione pubblica europea spesso troppo disattenta al valore paradigmatico che le controversie 'scientifiche' in terra tedesca possono assumere in prospettiva (cfr. P. POMBENI, *Ancora sulla guerra fra gli storici tedeschi*, il Mulino, 1987, 313, pp. 829-836).

In tale ottica appare allora importante lo spazio dedicato — all'interno del secondo capitolo, finalizzato all'analisi dei rapporti tra diritto romano, processo di recezione e diritto pubblico (pp. 58-79) — a ricostruire la strategia di reinterpretazione della recezione ad opera dei romanisti Wieacker e Koschaker come critica 'interna', e sia pur non frontale, del punto 19 del programma del partito nazista (parossisticamente 'germanistico'), in vista della salvaguardia dell'autonomia della disciplina (pp. 60-61); una critica difensiva che, posto che il diritto romano veniva accusato di servire ed essere asservito

«all'ordine mondiale materialistico», nella sua versione più sottile, sosteneva la tesi della 'scientificizzazione' e 'professionalizzazione', quindi della recezione dell'essenza 'scientistica' del pensiero giuridico e non già dei suoi contenuti materialistico-individualistici: tesi che, come ben si può notare, sarà suscettibile di molteplici 'applicazioni' anche nel campo giuridico.

Questo tipo di attenzione mostrato da S. nei confronti dei retroterra politici anche infausti delle moderne tesi storiografico-interpretative — e che data almeno dall'ampio suo lavoro su *Gemeinwohlformel in nationalsozialistischen Recht* del 1974 — merita a nostro avviso di essere sottolineato nel presente clima, anche se almeno una volta — laddove cioè si usa l'espressione «die *singulären* Verbrechen des Nationalsozialismus» (p. 55) — ci sembra per un attimo di avvertire una qualche ambiguità, dettata fors'anche da un'interpretazione certamente sottile e più globale del ruolo e della funzione dell'obiettività storica.

Entrando nel merito — senza naturalmente alcuna pretesa di trattare esaurientemente neppure una piccola parte dei numerosissimi e poliedrici profili di novità che lo sforzo sintetico di S. è in grado di offrire agli specialisti della materia —, in questo secondo capitolo ci pare soprattutto degna di nota la correzione dell'ampiamente diffusa opinione (Hoke, Raiser) secondo la quale a partire dal 16° e 17° secolo avrebbe avuto luogo una «emancipazione» — sia pur soltanto progressiva e limitata a singoli e specifici settori, come il diritto 'costituzionale' — della *Staatsrechtslehre* dal diritto comune e dalla civilistica: tesi che condurrebbe però in generale — al di là, quindi, della pur corretta sottolineatura del crescente riferimento operato adesso nei confronti delle norme costituzionali 'positive' del *Reich* (*Goldene Bulle, Reichsabschiede*; cfr. pp. 128 ss., 213 ss.) — su di un falso percorso, laddove inducesse la tentazione di dimenticare come persino il diritto pubblico dei secoli diciassettesimo e diciottesimo rimanesse profondamente debitore rispetto alle strutture mentali del diritto romano quali elaborate dalla scienza del diritto comune 'moderno' e non; e non già soltanto — qui ritorna il tema cui più sopra si accennava — sotto il profilo della elaborazione scientifico-dogmatica dei nuovi istituti fondamentali (basterebbe pensare alla traslazione e all'utilizzazione costruttiva di concetti come *dominium, proprietas, patria potestas, iurisdictio, lex regia, imperium merum et mixtum* e al riferimento al titolo *de fideicommissis*) o sotto quelli dell'interpretazione ed applicazione delle norme, o della mera terminologia, od ancora delle partizioni sistematiche dei manuali, ma addirittura proprio sul piano della medesima concreta attività legislativa positiva, sulla quale detta tesi sembrava poter far leva (p. 63).

Di notevole acutezza è inoltre il rilievo inteso a ravvisare nel frazionamento confessionale dello *ius canonicum* uno degli elementi

decisivi che contribuiscono alla *Verdrängung* del diritto romano 'materiale' dall'ambito della costituzione del *Reich* (p. 79); ma poiché il punto funge in realtà anche da 'spia' del tenore globale di una delle più interessanti ipotesi ricostruttive globali del Nostro, vi torneremo in sede di analisi delle considerazioni conclusive.

Com'era da attendersi — data anche la lunga consuetudine di studio, ormai vorremmo dire la familiarità, dell'autore, espressasi in un'ampia serie di lavori monografici, di cui varrà qui ricordare solo il recentemente ristampato ed estremamente stimolante saggio *Grundzüge der Beamtenethik (1550-1650)* in R. Schnur (hrsg.), *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, Berlin 1986 (pp. 273-302) — uno dei punti 'alti' della ricerca di S. è costituito dall'intero terzo capitolo, dedicato al rapporto fra tradizione 'politica' e *ius publicum* (pp. 80-125). Tutto vi appare perfettamente fuso, e così si trascorre naturalmente dalla disamina del relevantissimo ruolo del neo-aristotelismo protestante all'enucleazione dei contributi di Oldendorp, Ferrarius, Modrevius, Langebeck, Osse e Georg Lauterbeck (ca. 1510-1578) che col suo 'giuridicizzato' «Regentenbuch» in 5 libri, contenente altresì un'appendice sull'«utilità della storia», può esser considerato l'antesignano del modello di manuale giuspubblicistico quale prese ad affermarsi soltanto due generazioni più tardi (p. 88). Ed ancora, dalla vivida e coltissima descrizione dei contrappuntistici processi di recezione tra i giuristi del machiavellismo, del tacitismo, del neostocismo di un Giusto Lipsio alla storiograficamente novatrice attenzione e forse inattesa sottolineatura del ruolo 'chiave' svolto dal «movimento olandese» che appunto da lui prende le mosse, non soltanto — come già Oestreich ed i suoi allievi avevano magistralmente messo in evidenza — a livello filosofico, di tecnica militare o di teoria politica, ma altresì e decisamente per la nascita dello *ius publicum* quale disciplina autonoma, per il tramite della recezione operatasi nelle università di Altdorf, Strasburgo, Jena e Heidelberg (pp. 97-104).

Così non potranno certo apparire mere esercitazioni erudite, pure annotazioni 'extravagantes', le considerazioni secondo cui, ad esempio, il «tacitismo tedesco», nelle forme nelle quali s'era potuto sviluppare sull'onda del tardo umanesimo italiano-olandese, debba ritenersi in sede di valutazione storica una componente più che sintomatica del pensiero politico 'occidentale'; componente, inoltre, più cospicuamente rappresentata nella Germania protestante che in quella di fede cattolica, e, di nuovo, più affermata negli ambienti riformati, che non in quelli luterani; che, ancora — in un crescendo che ci porta anche 'retoricamente' verso il fulcro argomentativo —, fossero soprattutto i giuristi 'pubblicisti', e proprio nella fase del loro costituirsi come nuovo gruppo sociale, ad interessarsi in prima persona al commento politico di Tacito. Non dati estemporanei, ma contesti culturali altamente significativi che ci consentono adesso di chiarire

come non fosse affatto un caso che ad Altdorf, ed ancor prima della creazione di una facoltà giuridica (1622), emergessero, a partire dal genere letterario delle parafrasi tacitiane, le prime vere e proprie trattazioni ' moderne ' di *ius publicum* (p. 103).

Il lettore comprenderà facilmente che — nonostante si sia giunti appena a questo momento storico del tutto ' aurorale ' — la tessitura di continue e realmente polifoniche suggestioni di cui ogni pagina è profusamente arricchita, rende già di per sè impossibile al recensore di proseguire sulla via di una disamina analitica, anche soltanto in via di mera delibazione, così come s'era sin qui tentato di fare.

Ci basterà ormai, di queste suggestioni, enumerarne alcune, magari quasi alla rinfusa, abbandonando il resto al ' piacere del testo ' o ad una utilizzazione più ' praticamente ' mirata.

Così il segnalato nesso tra antica tradizione degli ' specchi dei Principi ', contenuti della *prudencia regnativa* e nuovi spunti per la formazione di uno *ius publicum* quali emergono dal laboratorio ' ramistico ' del *Systema disciplinae politicae* (1608) di Bartholomäus Keckermann (p. 109 ss.), che si segnala, tra l'altro, per l'intensità del suo dibattito con Machiavelli, Lipsius e lo stesso Bodin. O il massivo tentativo di trapasso verso ' il ' trattato di *ius publicum* intrapreso sotto le spoglie della tradizionale intitolazione *Politicorum libri septem* (1609) da Georg Schönborner, amico e mentore di Andreas Gryphius; una ' Politica ' che in realtà già contiene una completa rappresentazione dello *Ius publicum Imperii Romano-Germanici* (p. 118).

Ancora: la peculiarissima sensibilità — armonica allo sviluppo di alcuni dei più recenti ed innovativi filoni di ricerca — mostrata per il ruolo svolto dalla «Rechtssprechung», dallo *jus camerale*, in una parola dalla *praxis judiciaria*; certamente sotto le vesti dei casi ' spettacolari ' che emergono dalla giurisprudenza forense del *Reichskammergericht* o del cattolicheggiante *Reichshofrat* viennese dopo il 1559 (pp. 133-140), ma altresì rendendo precisamente conto dell'elaborazione ' scientifico-trattatistica ' in tema di *iusdictio* — da Michaelis ai fratelli Matthias e Joachim Stephani, celebri fondatori della teoria episcopalistica, che si pose (in funzione evangelico-anticattolica) come ponte di passaggio tra il diritto costituzionale dell'Impero e il diritto costituzionale territoriale, fino a raggiungere il *Tractatus de Iurisdictione imperii libri duo* editato nel 1608 da Tobias Paurmeister, lodato ancora da un conoscitore dal calibro di Pütter quasi sulle soglie dell'ottocento, non soltanto a motivo della sua ancor attuale ' praticabilità ', o per la precocemente consapevole ed ormai programmatica presa di distanza dal diritto romano, quanto piuttosto quale esempio di come già si potesse, al riparo dell'involucro ' letterario ' de *Iurisdictione*, concepire una completa «Abhandlung des Teutschen Staatsrechts» (p. 156 ss.).

Una menzione particolare possono inoltre meritare, a nostro avviso, — tra l'altro per l'interesse di talune precisazioni interpretative

e bibliografico-erudite — il capitolo quinto dedicato alla *Reichspublizistik* e alle Università dalla pace di Westfalia alla fondazione dell'università di Halle e al 'positivismo' di J. J. Moser (pp. 225-267); il denso IV paragrafo del sesto capitolo che analizza concetto ed estensione dello *Ius publicum universale* (pp. 291-297), nonché tutta l'acuta disamina del capitolo ottavo, che va sotto il titolo di *Gute Policey* (I. *Haus und Hof*; II. *Land und Leute*) (pp. 334-365) e che dell'autore medesimo recupera le migliori conoscenze cameralistico — 'amministrativistiche'; fino a giungere all'ottima delineazione della problematica della catalogazione delle virtù del *Bonus Consiliarius* quale paradigma evolutivo della figura dello *Staatsdiener* e, quindi, dell'importanza degli spostamenti storici delle 'faglie' d'insegnamenti disciplinari finalizzati alla sua 'educazione' nell'ambito delle scienze dello stato e della giurisprudenza medesima (pp. 361-365).

Rilevante, anche per la sede manualistica all'interno della quale si sviluppa, ci pare l'abbastanza radicale demitizzazione (cap. nono; II. *Das Polizeirecht*) dell'antagonismo, spesso storiograficamente dato troppo per scontato, tra lo Stato di Polizia e Stato di Diritto (pp. 386-393).

Molto potrebbe ancora soggiungersi: è consentito forse un moto di soddisfazione nell'osservare come l'autore — nel quadro del sapiente uso anche di una amplissima e non 'nazionalistica' letteratura secondaria (basterebbe a suo merito il solo cenno all'ottima quanto, in terra di Germania, paradossalmente trascurata monografia di H. Gross, *Empire and sovereignty. A History of the Public Law Literature in the Holy Roman Empire 1599-1804*, Chicago 1974, per certi versi antesignano del Nostro nella impostazione del problema, se non anche nella sua collocazione temporale) — maneggi con una qualche rimarchevole disinvoltura bibliografica la stessa produzione italiana, molto al di là di quella prettamente storico-giuridica (Cantimori, Castronovo, Caracciolo, Sasso, Schiera, Toffanin). Sarebbe anzi più che auspicabile — ma qui rischiamo veramente solo di ripeterci — se tale disinvoltura, anziché restare meritevolissimo patrimonio di studiosi che sono anche 'uomini di cultura' in senso ampio, si estendesse a divenir *habitus* di una parte meno esigua della storiografia giuridica tedesca.

Tuttavia se dovessimo individuare un fulcro dell'opera, il fulcro 'suggestivo' per eccellenza, propenderemmo senz'altro per quelle pagine (pp. 141-224) — centrali, in ogni senso — del capitolo quarto (*Ius publicum Imperii*) che magistralmente sviluppano la storia disciplinare del 'nuovo settore', continuamente contrappuntandola con la storia dogmatico-istituzionale (*regalia, maiestas, ius foederis, ius belli ac pacis*, od ancora la trattazione di un tema a S. così caro come quello della *Ratio status*). Oramai in chiusura e senza, quindi, voler nuovamente troppo sottrarre all'inevitabile 'subentrare' del lettore, ci terremo soddisfatti nel segnalare come all'autore felicemente riesca —

sulla scorta della già più volte rammemorata virtuosistica e sconfinata *Gelehrsamkeit*, che senza alcun dubbio basta di per sè sola a porlo alcune spanne più in alto della stragrande maggioranza di quanti hanno sinora avuto l'intenzione di misurarsi col problema — a dimostrare definitivamente l'infondatezza della pur autorevolissima opinione (H. Maier) che voleva «che nè Machiavelli nè Bodin nè Hobbes avessero scritto per la *Staatslehre* germanica dei secoli 16° e 17° e che, anzi, essi fossero rimasti ignorati e fuori dal dibattito scientifico nell'ambito del conservatore *Teutschen Fürstenstaat* fino a secolo diciottesimo ben inoltrato, o, per dire ancor meglio, addirittura sino alla soglia della Rivoluzione francese».

L'analisi di S. della recezione ' modificata ' nell'ambito del *Reich* delle tesi bodiniane, che, prese di per sè offrivano tuttavia importanti venature ' antiimperiali ' (Impero definito come «pura Aristocrazia, nella quale al massimo trecento o quattrocento persone hanno voce in capitolo») (p. 174 ss), è invece puntualissima e convincente: sarà sufficiente — in questo ampio contesto di recezioni quasi ' forzosamente ' creative e appunto ' modificate ' — ricordare l'affermarsi della teoria della cosiddetta *superioritas territorialis*, iniziata con Andreas Knichen proprio all'alba del 1600; oppure la diretta ripresa bodiniana, il quasi calco posto in essere da Reinhard König (1608) — *summa, perpetua legibus soluta potestas* — , con l'enunciazione però, adesso, di una nozione della indisponibilità delle *leges status seu regni*, laddove al posto di *lex fundamentalis* appare appunto «lex status», operandosi quindi una variazione semantica di notevolissimo rilievo per la storia moderna del termine ' stato ' (moderno) (p. 179). Ma potremmo continuare a lungo. In una con le ripetute storicizzazioni e valorizzazioni dei più ' sotterranei ' influssi machiavelliani ed hobbesiani, deve allora dirsi che anche per questo rispetto l'autore ci offre risultati che possono essere, senza tema di soverchia esagerazione, battezzati come di esemplare definitività.

Ma è proprio nell'ambito della risoluzione dei difficili problemi di storia disciplinare relativi all'enucleazione del nuovo «Fach», delle nuove fonti giuridiche e delle nuove tematiche dogmatiche ad esse strettamente connesse, che la penetrazione interpretativa di S. raggiunge il suo acme: e che la questione fosse, peculiarmente sotto il profilo storico, molto delicata, lo aveva potuto notare già nel 1629 uno dei protagonisti della vicenda, osservando, quasi a futura memoria, come «*originem Juris publici quod attinet, non una omnium est opinio*» (Johannes Limnaeus, *Juris publici Imperii Romano-Germanici libri IX*, Strassburg, 1629-1634).

L'autore anzi intelligentemente ' doppia ', per così dire, la sua analisi poi anche in sede di conclusioni (pp. 394-404; spec. 401-403), mettendone più chiaramente a nudo le nervature ed intuendo esplicitamente la possibilità di trarne criteri interpretativi generalizzabili.

Secondo S. infatti, dato che la 'peculiarità' dello sviluppo costituzionale del Sacro Romano Impero della nazione tedesca prima del 1806 (e, pertanto, della sua 'scienza' del diritto pubblico) può definirsi di carattere 'quantitativo', ciò non esclude affatto — in linea di principio — l'utilizzazione della *Ursachenreihe* tripartita da esso astratta e relativa alla nascita del diritto pubblico come settore disciplinare autonomo in quel contesto quale «categoria analitica» adeguata ad esplicitare anche altre congiunture storiche: in questo senso il lavoro svolto nella cornice storico-culturale germanica ambisce forse non a torto a presentarsi quale *test* di una problematica più ampiamente definibile come europeo-occidentale.

In conformità all'ottica appena delineata e, quindi, allo scopo di presentare il processo di enucleazione di un diritto pubblico *autonomo* come risposta alle *crisi* della prima età moderna, vengono opportunamente messe a frutto nel campo storico-giuridico — dando così, per inciso, prova di una vigile ed acuta attenzione per gli aspetti interdisciplinari — perlomeno tre tipi di linee interpretative che, comunque, già sin dai contesti di origine si appalesavano come interconnesse: la tesi di matrice weberiana della razionalizzazione, quella del 'disciplinamento sociale' (Oestreich) e la tematica della 'giuridicizzazione', della *Verrechtlichung*, la quale ha recentemente avuto in sorte, in terra di Germania, di trovarsi al centro di un appassionato dibattito tra giuristi positivi, sociologi e teorici (Habermas, Luhmann, tanto per fare due nomi significativi) (cfr. H. F. Zacher, S. Simitis, F. Kübler, K. Hopt und G. Teubner, hrsg., *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Frankfurt am Main, 1985).

Non staremo qui a dire la serie di suggerimenti esplicativi o di squarci intuitivi che S. sa ricavare dalla combinazione, anche filologicamente ricca di prospettive, delle dimensioni ermeneutiche accennate. Ci basta, da un lato, rilevare come per il Nostro la nascita di un nuovo settore giuridico e del corrispondente ramo di elaborazione scientifico-dottrinale debba essere interpretata sulla base dell'ipotesi che si fosse aperta una situazione di «deficit normativo» rispetto alle esigenze del tempo; *deficit* che, quasi contestualmente, fosse però stato avvertito come tale da un numero sufficiente di 'spiriti-guida' nella cultura della prima età moderna (p. 399).

E annotare, dall'altro, come S., con sorvegliata sensibilità per le sfumature, complichì in più direzioni il quadro di riferimento concettuale.

In parte, certamente, integrando le categorie interpretative sullo stato moderno come un tentativo di dominare il Chaos, il Labirinto, la Melancolia e l'Artificio 'manieristico' conseguenti alle guerre di religione.

Tuttavia relativizzando subito — e, a nostro sommo avviso, correttamente — questa ‘integrazione’ col rilevare, in sede di enucleazione dei fattori *specifici* all’origine dell’individuazione e della repentina crescita quantitativa della nuova disciplina ‘autonoma’, come in realtà — questo è uno degli elementi più interessanti e, ci sembra, innovativi del quadro che l’autore è in grado di restituirci — non si debba ritenere (secondo un’impostazione che, in tempi non troppo lontani, anche Kelsen, peraltro non richiamato al proposito, faceva in parte propria) che sia stato il fenomeno dell’Assolutismo a condurre ‘necessariamente’ «zur höchsten normativen Regelungsdichte und zur intensivsten literarischen Kultur des öffentlichen, Rechts» (p. 401): e che, pertanto, la forma statale assolutistica o non assolutistica abbia svolto invece un ruolo soltanto subordinato.

S. per parte sua individua allora una ‘serie’ causale ben più complessa, che in ogni caso tende a sedimentarsi in tre ‘nebulose’ fondamentali (al contempo modellate sulla concreta vicenda storica dell’evoluzione del *Reich* ed «analitiche», come detto): la prima concerne la suddivisione del territorio in ‘sotto-unità’ il più possibile numerose e giuridicamente indipendenti; la seconda, quando all’interno di tali processi di frazionamento e delle unità che ne risultano domini una situazione di conflitto o di tensione politica, sociale o confessionale, che sia tuttavia suscettibile di una regolamentazione giuridico - normativa, cioè che, considerata nel suo complesso, non abbia ancora raggiunto la soglia di una autodistruzione del sistema; la terza, che postula l’esistenza di un’organizzazione (tendenzialmente ‘burocratizzabile’) di formazione culturale istituzionalizzata, sviluppata o in via di notevole crescita, di tipo universitario od anche ‘accademico’ e contemporaneamente nell’ambito delle procedure e delle mentalità giuridiche, di un deciso passaggio ‘dall’oralità alla scrittura’. Prima che — com’è doveroso — il recensore si taccia, per lasciare spazio ad un dibattito che, vista la suggestività e la plusvalenza delle ipotesi, fin da ora si preannuncia serrato e a ‘più voci’, gli sia consentito di sottolineare solo due delle prospettive di ‘complicazione’ che il modello di origine e crescita del diritto pubblico da S. approntato può chiaramente suggerire.

Molto feconda, deve infatti, perlomeno di primo acchito, apparire l’estensione alle ricerche sulla ‘nascita’ disciplinare dello *ius publicum* del paradigma ‘oralità-scrittura’ ad altro proposito elaborato da un’interessantissima corrente storiografica anglosassone (Havelock, Goody, Ong): ci sembra merito tutt’altro che indifferente — al di là dei più o meno prevedibili sviluppi — l’aver perlomeno, con sicuro intuito, iniziato a battere questa strada.

Nell’ambito poi del secondo ‘fattore’ illustrato dal Nostro, ci sembra altresì che emerga — se si rileggono con attenzione le varie tappe del percorso analitico di S. (in particolare a partire dalle

pp. 127 ss.) — una possibilità ben lungi dal poter esser definita peregrina, possibilità che, al momento ed in via provvisoria, esprimiamo forse con una forzatura (di cui però ci assumiamo la responsabilità) al solo scopo di renderla del tutto esplicita; quella di intendere il processo di formazione del diritto pubblico moderno come ramo autonomo del sapere giuridico quale ulteriore inveramento delle tesi weberiane espresse in *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*: altrimenti detto, come frutto di uno speculare processo di *confessionalizzazione* a guida prevalentemente (anche se non dovunque 'esclusivamente') protestantica.

E di indizi, 'spie', in questa direzione il testo di S. è tutto intessuto (*Die Donauwörthische Streitigkeit*, p. 148 ss.; Calvinismo e Università di Heidelberg, p. 155 ss.; e potremmo continuare): ma ormai non spetta più a noi di dipanarne l'orditura.

Tirare le fila in sede di valutazione, a questo punto, diventa forse più facile 'per linee esterne', chiamando in aiuto un genere di intuizione più profonda della nostra.

Se, per dirla con il Kierkegaard di Auden, bisogna domandarsi «a che cosa può servire ricordare un passato che non può diventar presente» (*Timore e tremore*), ma non tanto nel senso di render presente il passato, quanto piuttosto di 'distaccarsene', per fare appunto veramente sì che il passato cessi d'esser presente; se, per citare Éluard, «Mon orgueil n'a pas tort/Le monde ancien ne peut me toucher je suis libre», allora dobbiamo essere grati a S. perchè il suo lavoro rappresenta in tal senso un contributo non facilmente superabile.

Non sappiamo se questa che stiamo portando a conclusione possa rivendicare il titolo (e l'onore) di 'prima' recensione per un saggio di tal rilievo; tuttavia crediamo di poter almeno, in chiusura, riassumere certamente nella formula più «icastica» — parola che piaceva moltissimo a Italo Calvino (e, per quel che conta, anche a noi) — l'elogio che ci sembra indiscutibilmente meritare: costituire esso, cioè, la migliore e più 'classica' illustrazione storica a tutt'oggi pensabile di quei versi di un'altro grandissimo, che S. coerentemente ha scelto per apporre la parola fine a questo primo volume della sua fatica — «Deutschland? Aber wo liegt es? Ich weiss das Land nicht zu finden; wo das gelehrte beginnt, hört das politische auf.» (Goethe).

PAOLO CAPPELLINI

SEGNALAZIONI

Di un intelligente operaio e dell'opera sua.

La collina di Pierredon, nella Provenza meridionale, appare ai miei occhi sempre più simile al castello di Montaigne, appartato nell'appartato Perigord, torre remota che Michel costituì osservatorio efficace e privilegiato e collocò spiritualmente al centro della Francia e forse della intera Europa. Come il vecchio maniero perigordino, infatti, la casa-laboratorio di André-Jean Arnaud, che non ho mai visitato malgrado i ripetuti cortesi inviti, costruita appunto sulla collina di Pierredon, mi appare idealmente sollevata dal circostante fazzoletto di campagna provenzale e situata al centro di una rete fitta di rapporti tessuti, con una fermezza progettuale che è pari soltanto all'umiltà, da un operaio schivo, forse anche rude, ma ricco, per grazia di Dio, di talenti cultura e idee nuove. Ad Arnaud si conviene il rozzo vestimento dell'operaio, e, come ogni operaio di buon mestiere, egli è avvezzo a rimboccarsi le maniche e a lavorar sodo: senza clamori, senza stucchevoli palcoscenici da cui esibirsi, badando solo ai fatti e ai risultati dell'azione. È in questo modo che, lentamente, ignorando la incomprendione di molti e tesaurizzando l'attenzione di pochi, la dimora campestre di Pierredon, nel municipio di Eguilles, è divenuta uno dei rari punti di riferimento, in Francia, per il filosofo del diritto, per il teorico del diritto e anche per lo storico del pensiero giuridico moderno. Dopo il ritiro universitario di Batiffol Carbonnier e Villey, dopo che la voce di place du Panthéon si è un pò affievolita almeno in una certa direzione, è l'officina di Arnaud ad accendere l'interesse, a promuovere iniziative, a tesser fili. Una officina senza paludamenti accademici (si può reperire a questo mondo un uomo più antiaccademico di Arnaud?), assolutamente artigianale, ma dove si spendono con larghezza le buone monete di un metodo rigoroso, di un ampio respiro culturale e di una costante vigilanza critica.

Un simile preambolo si imponeva come premessa a una doverosa e gradita segnalazione di alcuni frutti recenti del laboratorio arnaudiano: appena ieri, nell'agosto dell'85, il primo fascicolo di una Rivista, *Droit et société — Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, concepita nella *maison-atelier* di Pierredon, realizzata da un gruppo di amici sicuri, edita dalla benemerita ' Librairie générale de droit et de jurisprudence ', che riprende — volutamente — nella

seconda parte della complessa intitolazione il titolo del vecchio foglio di Kelsen e Duguit nei tardi anni Venti; oggi, quasi fresco di stampa, il *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, diretto da Arnaud con la collaborazione di quegli stessi amici: Belley, Carty, Commaille, Devillé, Landowski, Ost, Perrin, Wroblewski (Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1988). La Rivista ha già imboccato con un preciso disegno la sua strada e la sta percorrendo con sicurezza. Il *Dictionnaire*, pensato e organizzato puntigliosamente da Arnaud in molti anni di fatica, si rivela, nelle sue cinquecento fittissime pagine, uno strumento prezioso. All'interno della sua articolazione e struttura nulla di artificioso, di scolastico, di compilativo. Lo scopo è una presenza viva sugli estremi spalti della scienza giuridica per «participer utilement et en toute connaissance de cause aux débats de notre époque», nella consapevolezza dell'urgenza di «effectuer une vigoureuse toilette épistémologique», come si esprime lo stesso Direttore nel suo denso 'Preface' (p. XII). Concepito in un largo raggio internazionale, la collaborazione è spesso prestigiosa, e basti qui citare i nomi di Bobbio, Carbonnier, Friedman, Luhmann, Renato Treves, Villey, Wroblewski in mezzo ai più che cento autori delle diverse 'voci' scelti fra esperti autorevoli a livello mondiale. Insomma, un'opera dall'impianto originale e, insieme, una messa a punto dalla straordinaria freschezza.

Arnaud è una vecchia e apprezzata conoscenza degli storici del pensiero giuridico moderno. Dell'antico allievo di Michel Villey le prime indagini sulle origini dottrinali del *Code civil* e sulla sua architettura si sono incarnate in volumi che dimorano stabilmente sui nostri tavoli di lavoro e che, per la singolarità e vivacità dell'approccio e del taglio, hanno sollecitato discussioni estese e posizioni dialettiche. Negli ultimi anni l'opera del caro e valente amico francese si è più consolidata su una dimensione teoretica, nella quale Arnaud è parimente a suo agio per le indubbie capacità speculative e per la preparazione filosofica che gli sono proprie; il suo campo di azione culturale è oggi soprattutto quello della teoria generale del diritto e della sociologia del diritto. Ed è nel solco di un approfondimento e rinnovamento di questi territori fertili di ricerca che si colloca non soltanto la sua riflessione scientifica ma un insieme organico di imprese collettive come la Rivista e il Dizionario salutati con sincero favore nelle righe precedenti.

PAOLO GROSSI

La formazione del diritto civile.

Deteriore veste tipografica della pessima traduzione d'un libro inutile (se non dannoso). Così, senza eufemismi, ci sembra di dover accogliere la traduzione che la Casa Editrice ' Il Mulino ', ha promosso del volume di Alan WATSON, *The Making of the Civil Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1981, per inserirla nella sua Collana Universale Paperbaks (n. 194). Il titolo in italiano (*La formazione del diritto civile*, Bologna, 1986, trad. di Nicoletta Sarti, rev. di Pierluigi Chiassoni) resta equivoco e inopportuno, anche se la traduttrice ne ha consapevolezza: il lettore italiano non potrà che prendere lucciole per lanterne pensando al suo diritto civile, che è cosa profondamente diversa dal *civil law* di Watson.

V'è in questo libro tutto il malvezzo culturale della peggiore letteratura giuridica e storico-giuridica nordamericana (che, grazie a Dio, conta anche molte cose egregie): assunzione di rigidi e anchilosanti schemi interpretativi; selezione opinabilissima dei fatti storici portanti, ridotti in una linea che vorrebbe esser semplice e scarna ma che è soltanto immiserita e unilaterale; incapacità di attenzione per la ricchezza e complessità delle esperienze del passato (prima fra tutte l'esperienza giuridica medievale); ignoranza del dibattito storiografico e giuridico puntando sulla indiscriminata utilizzazione d'una bibliografia da biblioteca popolare.

Il volume vorrebbe presentarsi come una sintesi, ma questa può soltanto essere il frutto d'una acquisita maturità e deve sempre presupporre l'umiltà dell'analisi, il possesso delle fonti per assidua familiarità. Il tracciato della linea è sicuro solo se v'è la percezione limpida dei singoli punti e degli eventuali nodi. Altrimenti, il tentativo di disegnarlo e di sciogliere quei nodi è tanto immodesto quanto velleitario. Con tanti buoni e validi libri di lingua inglese da tradurre e far conoscere al pubblico italiano, non si capisce perché la benemerita Casa editrice bolognese abbia operato una simile scelta.

PAOLO GROSSI

A proposito di ...

EMANUELE CASTRUCCI

RILEGGENDO RADBRUCH

(A proposito di Gustav RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, Bd. I: *Rechtsphilosophie I*, hrsg. v. Arthur Kaufmann, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1987, pp. X + 646)

I.

La filosofia giuridica di Radbruch affonda le sue radici nella problematica del più schietto neokantismo: precisamente nel punto in cui la scuola sud-occidentale (Rickert e Lask, assai più che Windelband), dopo aver portato all'estremo la tensione tra fatto e norma, realtà e valore, procede nel tentativo di determinare la natura di un *tertium genus* situato tra questi due, capace certamente di allentare la tensione tra di essi, senza però ricadere in facili sintesi conciliative. È questo il *genus* della cultura, cui appartiene il diritto. Come osserverà il tardo Cassirer, «la cultura è anche un 'mondo intersoggettivo', un mondo che non esiste in 'me', ma che dev'essere accessibile a tutti e al quale tutti devono partecipare. La forma di tale partecipazione, però, è del tutto diversa che nel mondo fisico. Invece di rapportarsi allo stesso universo spazio-temporale di cose, i soggetti si incontrano e si uniscono in un fare comune. In questo agire comune essi si comprendono e conoscono l'un l'altro entro il medio dei diversi mondi di forme di cui è costituita la cultura» (1).

Il diritto è fenomeno culturale. Esso non è quindi immediatamente valore, e neppure semplicemente fatto; in quanto fenomeno culturale è invece, nella definizione di Radbruch, un «fatto riferito al valore» (*wertbezogene Tatsache*). Così l'universo di significato in cui si muove il giurista nel suo *wertbeziehendes Verhalten* risulta ben diverso dal *wertblindes Verhalten* che caratterizza la natura, del tutto aliena e 'cieca' al valore. Questo poiché la natura non fa altro che rispecchiare il caos degli elementi nella loro irriflessa 'datità' (*Gegebenheit*), ovvero — spinozianamente — la sovrana indifferenza verso ogni distinzione concettuale, verso ogni principio o criterio di

(1) E. CASSIRER, *Zur Logik der Kulturwissenschaften. Fünf Studien* (1942), Darmstadt 1961; trad. it. Firenze 1979, p. 70

discernimento tra 'bene' e 'male', 'valido' e 'invalido', 'giusto' e 'ingiusto'.

Ma non per questo l'universo di significato del giurista viene semplicemente a confondersi, come si è detto, con quello etico in cui avviene il conferimento di valore. Il diritto è concettualmente distinto e separato dall'attività di conferimento del valore in quanto tale (*bewertendes Verhalten*), che è espressione immediata del carattere incondizionato della coscienza individuale. Il diritto, in altre parole, non coincide giusnaturalisticamente con la morale, ma si afferma nella dimensione dell'esteriorità, che esprime sì la lontananza dal valore, ma anche il perenne tentativo di stabilire un collegamento con esso. Così Radbruch: «la cultura non è puro valore; è piuttosto un miscuglio di umanità e barbarie, buon gusto e cattivo gusto, verità ed errore, ma sempre in collegamento al valore: non è essa stessa valore o diretta realizzazione del valore. Il 'collegamento al valore' indica la modalità che è tipica delle scienze umane» (*Rechtsphilosophie*, 1956⁵, [= *Rpb*], 92-93). Qui il netto dualismo metodologico iniziale si trasforma in rapporto triadico («*Trialismus*»), venendo la sfera della cultura a rivestire un ruolo di importanza sempre maggiore. La cultura anzi finisce per d o m i n a r e questo rapporto triadico e per rendere la filosofia del diritto una forma di filosofia della cultura: «*dieser Trialismus macht die Rechtsphilosophie zu einer Kulturphilosophie des Rechts*» (*Rpb*, 118). La dialettica, che non si esprime più nella polarità 'valore'-'realtà', si sposta nella triade 'cultura'-'valore'-'realtà' o meglio ancora — nei termini della scienza giuridica — nella triade corrispondente 'concetto di diritto', 'idea di diritto', 'realtà fattuale' (*Rechtsbegriff*, *Rechtsidee*, *Wirklichkeit*).

La filosofia giuridica radbruchiana concentra la propria attenzione sul carattere aporetico di quest'ultima triade, mostrando come il concetto di diritto non possa essere definito autonomamente, ma vada proiettato su un altro dei tre poli del rapporto dialettico, e precisamente sul secondo, sull' i d e a d i d i r i t t o. In altre parole il diritto viene ad essere, secondo il proprio concetto, un'entità necessariamente protesa verso la sua idea (che pure è dichiarata scientificamente inconoscibile), a partire da una b a s e f a t t u a l e (*Wirklichkeit*). Così suona infatti la nota formula radbruchiana: «*Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen*» (*Rpb*, 123). È l'idea di diritto a costituire il 'valore' proprio della scienza giuridica ed è l'idea di diritto lo scopo ultimo, la f i n a l i t à che il diritto positivo ha il compito di realizzare. Ma per Radbruch anche quest'idea non è al suo interno omogenea ed unitaria: essa si scinde a sua volta in tre elementi, — che sono la giustizia (*Gerechtigkeit*), l'adeguatezza allo scopo (*Zweckmässigkeit*) e la sicurezza giuridica (*Rechtssicherheit*), — formale il primo, contenutistici gli altri due. F o r m a l e la giustizia, poiché

il suo contenuto concreto — in quanto puro valore — non può essere determinato scientificamente in base al suo contenuto materiale. Ne consegue allora che la giustizia coincide con il criterio (anch'esso solo formale) di eguaglianza (*Gleichheit*): si limita a prescrivere di trattare coloro che sono eguali in modo eguale, coloro che sono diversi in rapporto alla loro diversità, lasciando però aperta la questione di quali individui debbano essere considerati eguali e quali diversi.

C o n t e n u t i s t i c i gli altri due elementi: l'adeguatezza allo scopo (secondo elemento dell'idea di diritto) è il criterio che determina la possibilità di un fine a partire da mezzi predisposti come adatti a conseguire proprio quel fine (e nessun altro), per cui va osservato che spesso la scelta del fine, anziché mantenersi libera e incondizionata, dipende dal tipo dei mezzi che una tecnica apparentemente neutrale ha nel frattempo predisposto. Anziché essere il fine a selezionare i mezzi, sono allora per lo più i mezzi a determinare il fine. Radbruch mostra come la scelta operata sui fini — specie sui fini 'più alti', corrispondenti a modelli assiologici complessi, — derivi dalla concezione filosofico-giuridica fatta propria dai singoli raggruppamenti ideologici (nello Stato democratico di diritto i partiti politici), e richiede quindi lo studio analitico di una «*rechtsphilosophische Parteienlehre*», al cui oggetto è dedicato per intero il § 8 della *Rechtsphilosophie*. Per quanto riguarda invece la 'sicurezza giuridica', ovvero il terzo elemento dell'idea di diritto, il discorso si fa ancora più difficile, poiché esso tende con maggior evidenza ad entrare in urto ed in contraddizione logica con il primo, ovvero con la giustizia. *Rechtssicherheit* può significare tanto ordine e pace sociale assicurata dal diritto, quanto certezza del diritto in senso stretto, vale a dire un elemento di cui sono caratteristiche il divieto della retroattività delle leggi, la costanza della norma nel tempo, l'adempimento dei requisiti di conoscibilità delle norme (pubblicità, ecc.) e, soprattutto, la stabilità dell'ordinamento giuridico positivo nel suo insieme. Inutile dire che quest'ultimo aspetto può portare a contrasti con l'ideale giusnaturalistico di una giustizia quale principio sovraordinato al diritto positivo: nel contrasto tra giustizia e certezza del diritto — ritiene Radbruch — la coscienza individuale considererà per lo più preferibile il sacrificio delle proprie convinzioni giuridiche ad una violazione esplicita del diritto positivo, mentre nel caso di leggi eccezionalmente vergognose (*Schandgesetze*) potrà imporre il rifiuto dell'obbedienza.

L'ingenuità radbruchiana è in questo caso evidente: c h i d e c i d e r à infatti sul 'livello' di ingiustizia delle leggi, fino ad accordare il diritto di agire in deroga al diritto positivo qualora la norma appaia ingiusta 'oltre misura'? Inoltre, su quali basi affermare la supremazia di alcuni valori su altri (nel nostro caso della giustizia sulla certezza del diritto) se il piano del ragionamento teorico-conoscitivo continua ad essere precluso in tema di valori, data l'impostazione epistemologica

relativistica di partenza, che Radbruch — malgrado le correzioni via via apportate alla propria dottrina — non giunge mai a smentire esplicitamente? Infatti, «proposizioni di dover essere si possono fondare a dimostrare soltanto sulla base di altre proposizioni di dover essere. Proprio per questo le proposizioni ultime sono indimostrabili, assiomatiche, non possono essere c o n o s c i u t e (oggetto di *Erkenntnis*), ma semplicemente p r o f e s s a t e (oggetto di *Bekennntnis*)» (*Rpb*, 100).

II.

Il problema radbruchiano del carattere paradossale che vengono ad assumere i valori nel loro confronto-scontro reciproco (*Paradoxie der Werte*, come osserva Erik Wolf) (2) è strettamente legato all'impostazione dottrinale relativistica. È, in altre parole, il relativismo quale impostazione metodologica generale che scopre e mette in luce il carattere non lineare ed autocontraddittorio della costruzione dei valori. Il relativismo era per Radbruch — sostiene Wolf — «molto più che un metodo logico ed un criterio sociologico; egli lo concepiva come 'esperienza dell'anima' (*Erfahrung der Seele*)» (3), il cui compito doveva essere quello di porre il teorico di fronte alle d o m a n d e fondamentali (e non già alle c e r t e z z e sistematiche) proprie della filosofia del diritto, intesa come analisi della struttura profondamente antinomica del diritto (*Antinomik des Rechts*).

La p a r a d o s s a l i t à dei valori si manifesta nell'intero campo dell'esperienza umana. Antinomica è l'intera struttura dell'esperienza pratica, e non soltanto la struttura del diritto positivo e del pensiero giuridico. Questo poiché in perenne contrasto reciproco sono i tre nuclei fondamentali di emanazione del valore, che Radbruch riconosce nelle singole individualità umane, nelle entità collettive (*Gesamtpersönlichkeiten*) e nel mondo delle opere umane (*menschlichen Werken*). I valori che tali nuclei esprimono — nella terminologia radbruchiana *Individualwerte*, *Kollektivwerte* e *Werkwerte* — sono mossi da logiche diverse e contrastanti: così,

[1] «i valori che informano la logica delle opere culturali (*Werkwerte*) richiedono per la propria realizzazione il contrario di ciò che richiedono i valori individuali» (*Rpb*, 148),

vale a dire: non *Persönlichkeit*, ma *Sachlichkeit*. Con Max Weber si può dire che «detiene una personalità in campo scientifico solo colui che è puramente dedito alla cosa. E questo non soltanto in campo

(2) E. WOLF, *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?*, in *Id.*, *Rechtsphilosophische Studien*, Frankfurt a.M. 1972, p. 302.

(3) *Ivi*, p. 304.

scientifico. Non siamo a conoscenza di alcun grande artista che non sia interamente dedicato al proprio oggetto e che abbia servito altro all'infuori di questo» (4). Nel campo dei valori individuali domina poi un'etica «dell'intenzione» (*Gesinnungsethik*), ad es. il culto della verità ad ogni costo, mentre nel campo dei valori collettivi domina un'etica «della responsabilità» (*Verantwortungsethik*), ad es. la non esclusione del ricorso alla menzogna diplomatica quando ciò corrisponda alle esigenze dell'utilità comune. Ciò dimostra che

[2] «i valori collettivi richiedono per la propria realizzazione il contrario di ciò che richiedono i valori individuali».

Ed anche tra fini di potenza propri di entità personali collettive (*gesamtpersönliche Machtzwecke*) e fini culturali (*Kulturzwecke*) si stabiliscono tensioni insolubili. La logica del potere contro quella della cultura e dell'opera culturale mostra, secondo Radbruch, che anche

[3] «i valori collettivi richiedono per la propria realizzazione il contrario di ciò che richiedono i valori che informano la logica delle opere culturali».

Il punto è che manca assolutamente una possibilità di scelta razionale tra i tre nuclei d'emanazione del valore (individualistico, collettivistico e transpersonalistico), così come manca ovviamente un criterio di soluzione del rapporto antinomico che vige tra le proposizioni [1], [2] e [3]. Non si dà insomma alcun ordinamento gerarchico conclusivo (*auszumachende Rangordnung*) tra i tre 'modi' fondamentali di posizione del valore. E questo, ancora una volta, poiché i valori non possono essere fatti oggetto di conoscenza scientifica.

Possiamo dire, per tutto ciò, che vi è indubbiamente nella relativistica filosofia del diritto radbruchiana una forte componente scettica, la quale tuttavia esita a farsi scepsi radicale, e non trascura mai di verificare la possibilità di un approccio alla dimensione della **r a g i o n p r a t i c a**. Si potrebbe parlare, a questo proposito, di uno scetticismo 'costruttivo' prodotto da una tradizione umanistica che non rinnega le proprie radici, anche quando critica più duramente le premesse del proprio pensiero. Con Baratta e Klug, il relativismo radbruchiano va definito non come relativismo «assoluto», ma forse più appropriatamente come «relativismo positivo» (5).

(4) M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, Berlin 1919, p. 13 (cit. in G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1956², p. 148).

(5) A. BARATTA, *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 45 (1959), p. 510, 519; U. KLUG, *Thesen zu einem kritischen Relativismus in der Rechtsphilosophie*, in *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, hrsg. v. Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, pp. 103-106.

Molte parole sono state poi dette, — e scritte, nella maniera migliore, — dai vari interpreti del pensiero radbruchiano (Erik Wolf, Friedrich von Hippel, Karl Engisch) sulla «verborgene Religiosität» di Radbruch. Wolf, in particolare, definisce a mio avviso molto appropriatamente la posizione etico-religiosa dell'autore della *Religionsphilosophie des Rechts* come «Glaube eines Ungläubigen»; la religiosità di Radbruch si esprime infatti nei termini drasticamente secolarizzati di una *fides* neostoica nella ragion pratica dell'uomo, che appare descritto nello stile inconfondibile dei Goethe e dei Fontane — ovvero degli autori cui, nella letteratura tedesca moderna, Radbruch si sente più vicino (6).

Il disincanto scettico del vecchio Fontane si fonde, nella sensibilità di Radbruch, con la composta classicità di Goethe, per il quale la potenza creativa dell'uomo è vista come 'Gleichnis' verso un oltremondo, verso un 'aldilà del valore' accessibile solo ad una *wertüberwindende Betrachtung* (*Rph*, 93). Radbruch sottolinea però come questo rapporto tra valore e 'oltrevalore', etica mondana e percezione religiosa del limite dell'umano, non sia retto da una logica platonica delle essenze, dall'immagine di un ordine inconcusso posto quale «fondamento della civiltà, della cultura, infine della personalità» (7), ma si esprima paradossalmente proprio in una pluralità tutta relativistica di valori (dei o demoni, weberianamente) tra loro in lotta, la cui dimensione caratteristica è segnata dalla forma etico-estetica del dramma. Tra etica, come piena dimensione del valore, e scienza giuridica, come *wertbeziehendes Verhalten*, vi è una cesura che non può essere sottovalutata o trascurata grazie ad impulsi generosi alla riunificazione dell'orizzonte metafisico o grazie ad immotivate speranze in sintesi provvidenziali. Goethe — osserva Radbruch — «era monista, egli cercava la ragione nella realtà, ma la scienza giuridica si muove in dualismi, cominciando col rigido contrasto tra il diritto e il fatto. Il giurista ha soprattutto a che fare con parole, le parole del legislatore, del testatore, del contraente, parole che si insinuano tra lui e la cosa; la giurisprudenza come la teologia è una dogmatica, un ultimo residuo della scienza scolastica — ma Goethe è tutt'altro che uno scolastico, è nemico del puro suono delle parole: uomo tutto fatti, designa egli stesso il suo modo di pensare come 'pensiero rivolto all'oggetto' (*gegenständliches Denken*), egli vorrebbe anzi derivare dalla

(6) La religione era per Radbruch anche ben distinta dalla teologia: «La fede è una cosa, e la teologia un'altra. La teologia è elaborazione del pensiero umano, la fede ... dono» (G. RADBRUCH, *Theodor Fontane oder Skepsis und Glaube*, Leipzig 1945, p. 60). E già vent'anni prima Radbruch osservava: «Perché non dovrebbe essere possibile una religione senza Dio? Dio è teologia, non religione» (*Weltliche Schule und Weltanschauungsschule*, in *Die weltliche Gemeinschaftsschule*, Berlin 1921, p. 9).

(7) R. RADBRUCH, *Il diritto nella visione goethiana del mondo*, in «Riv. internaz. filos. diritto» 1940, p. 197.

realtà le norme ed i giudizi di valore»⁽⁸⁾. La scienza giuridica, sembra sostenere Radbruch, ha un'esplicita e necessaria vocazione al dualismo metodologico: essa non è pensabile che dualisticamente. L'intero suo apparato concettuale si scinde in fatti e qualificazioni normative di fatti, il che appare come una limitazione agli occhi di chi si pone goethianamente di fronte alla realtà come un tutto. L'ultimo capitolo della *Einführung in die Rechtswissenschaft*⁽⁹⁾ centra con chiarezza questa tematica tessendo un piccolo elogio della scienza giuridica quale «logische Denkform», ovvero mostrando come una funzione essenziale del pensiero giuridico in quanto «forma spirituale» sia proprio quella di elaborare nel modo migliore lo strumento logico con cui «il giurista si abitua a pensare ogni questione scientifica sotto la forma di un processo, a scinderla nettamente in affermazioni, contestazioni, controaffermazioni di due parti, ed a ridurla così a pochi punti di discussione chiaramente formulati». Questo poiché «la scienza giuridica presta all'intelletto forse la palestra migliore in quanto tecnica del pensiero scientifico (...). Da quando l'arte della discussione, curata dalla Scolastica, non rappresenta più un elemento particolare della formazione scientifica, l'impiego dello strumento logico non lo si impara meglio che nella giurisprudenza» (GA I, 402).

Alla radice di tutto quanto il pensiero di Radbruch sta dunque quella che abbiamo già detto essere una fondamentale difesa della ragion giuridica, definibile come quell'area di comportamenti etico-pratici che è pragmaticamente implicata nella struttura logica non solo del diritto positivo, ma anche (e forse soprattutto) della scienza del diritto; in questa struttura logica va inoltre riconosciuto che una funzione determinante è detenuta dallo Stato di diritto, il quale — sostiene Radbruch — «non è per noi solo un concetto politico, ma anche un concetto culturale. Esso significa la salvaguardia della libertà contro l'ordine espresso dallo Stato di polizia, della vita contro l'intelletto, del caso contro la regola, della pienezza contro lo schema, — in breve di ciò che è scopo e valore contro ciò che è solo conforme allo scopo e solo per questo detiene valore» (GA I, 401). Lo Stato di diritto ha la funzione primaria di garantire e di preservare la sicurezza giuridica, la quale deve essere a sua volta intesa nel duplice significato di «sicurezza che si ottiene per mezzo del diritto» (dalle violazioni,

⁽⁸⁾ *Ivi*, p. 202.

⁽⁹⁾ Dedicato alla problematica della scienza giuridica in quanto scienza della cultura, nel senso che abbiamo precisato in apertura. La *Einführung in die Rechtswissenschaft*, nelle due versioni del 1910 (prima edizione) e del 1929 (settima e ottava edizione) è ricompresa nel primo volume della *Gesamtausgabe* (= GA I), assieme ad altri saggi radbruchiani più brevi, tra cui *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung* (1906) e *Über das Rechtsgefühl* (1914). Completa il volume una serie nutrita di brevi recensioni radbruchiane, comprese tra il 1903 ed il 1932, aventi come oggetto opere filosofico-giuridiche.

dagli abusi, ecc.) e di «certezza del diritto stesso»⁽¹⁰⁾. Si viene così a creare una solidarietà concettuale tra elementi a prima vista eterogenei quali il relativismo epistemologico, lo Stato di diritto ed il pluralismo dei valori: in uno degli ultimi suoi saggi Radbruch mostra in maniera assai evidente il nesso che sussiste tra questi concetti, vedendo in particolar modo lo Stato di diritto come valore universale di civiltà (e non quale semplice apparato tecnico-strumentale espresso dalla dogmatica del positivismo giuridico ottocentesco): «Noi dobbiamo ricercare la giustizia e, nello stesso tempo, rispettare la sicurezza giuridica, poiché essa stessa è una parte della giustizia (...). La democrazia è certamente un bene prezioso, lo Stato di diritto è invece come il pane quotidiano, come l'acqua che si beve o l'aria che si respira, e la cosa migliore della democrazia è proprio questa, che essa soltanto è in grado di assicurare lo Stato di diritto»⁽¹¹⁾.

III.

Arthur Kaufmann ha avuto il grande merito di progettare, per le edizioni Müller di Heidelberg, la pubblicazione delle opere complete di Gustav Radbruch. Il piano dell'opera è concepito in venti volumi, i quali appariranno in due fasi: nella prima, tra il 1987 ed il 1993, i volumi da 1 a 16, comprendenti gli scritti di filosofia del diritto (i primi tre), di diritto penale (dal settimo all'undicesimo), di diritto pubblico e costituzionale (il quattordicesimo). Il quarto, il dodicesimo e il tredicesimo recheranno gli scritti politico-culturali del periodo weimariano. Il quinto gli scritti storico-letterari (conterrà la bella monografia su Fontane). Il sesto la monografia su Anselm Feuerbach. Nella seconda fase, che avrà inizio prevedibilmente nel 1993, compariranno gli ultimi tre volumi, contenenti rispettivamente le lettere (due volumi) ed i discorsi parlamentari. Tra i curatori, oltre ad Arthur Kaufmann, si possono annoverare i nomi di Winfried Hassemer, Alessandro Baratta, Hermann Krämer, Walter Müller-Seidel, Adolf Laufs, Ulrich Schroth, Rudolf Wassermann, Albert Krebs, Ulfrid Neumann, Heinrich Scholler, Günter Spendel, Wolfgang Schild e Maria-Elisabeth Wallner-Neumann.

Nel primo volume, l'unico finora apparso (il sedicesimo, biografico, è annunciato come imminente), spicca un lungo saggio introduttivo di Arthur Kaufmann, che si riferisce all'intera opera radbruchiana, fornendo tra l'altro nuovi spunti critici all'ormai consolidata lettera-

⁽¹⁰⁾ Secondo la precisa distinzione di M. A. CATTANEO: cfr. *L'ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch: dal relativismo al giusnaturalismo*, in «Riv. di filosofia», 50 (1959), spec. pp. 74 ss.

⁽¹¹⁾ *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), in *Rph* (5^a ediz.), cit. p. 357.

tura sull'autore. Quanto spesso, sostiene giustamente Kaufmann, il relativismo filosofico radbruchiano è stato interpretato, da chi non ha avuto la ventura di conoscere in persona Radbruch e di ascoltarne a viva voce le parole, come un'espressione di scetticismo e di rassegnazione, senza comprendere che questa filosofia richiedeva ai suoi seguaci un massimo grado di decisione personale e di sacrificio (GA I, 13)! E quale pathos di nobiltà e di tensione etica scaturiva da quell'ambiente 'relativistico' della Heidelberg dei primi anni '10, segnata dal magistero di Max Weber, Georg Jellinek ed Emil Lask, cui Radbruch apparteneva intimamente! Certo, relativismo non voleva dire 'indifferenza al valore', come un'interpretazione frettolosa della separazione tra *Werturteilen* e *Tatsachen* avrebbe più tardi banalmente concluso. «Ein Mißverständnis Radbruchs dahin vorliegt, sein Relativismus und seine Toleranz seien gleichbedeutend mit einem ethischen Indifferentismus», osserva opportunamente Kaufmann (GA I, 79). Da Hermann Kantorowicz a Ernst Fuchs a Karl Jaspers, «Heidelberg era allora come un'arca di Noè, in cui ogni forma e tipo spirituale umano veniva rappresentato in un esemplare» (12). Ma ognuno di questi personaggi, pur caratterizzato dalla propria inconfondibile avventura spirituale, recava come un segno che lo associava agli altri, i quali tutti riconoscevano nella radice neokantiana della filosofia del valore l'orizzonte problematico comune, quasi il *d e s t i n o* che li muoveva. (È da ricordare che il rapporto confliggente della vita e delle forme, visto come trama, orizzonte ultimo o destino, trova piena espressione nel giovane Lukács, oltre che nel classico *L'anima e le forme*, in altri scritti del medesimo periodo, 'minori' ma certamente non meno significativi) (13).

Arthur Kaufmann formula infine, nella parte conclusiva del suo saggio, interessanti considerazioni sulla prospettiva epistemologica (non più in cui il pensiero di Radbruch si situa, ma) che il pensiero di Radbruch apre. È questo a mio giudizio il punto in cui la riproposizione delle opere di Radbruch si motiva pienamente. In particolare l'accostamento, istituito incidentalmente (GA I, 87) tra l'impostazione epistemologica radbruchiana ed il «razionalismo critico» popperiano-albertiano (14) andrebbe sicuramente sviluppato, nel senso di una

(12) G. RADBRUCH, *Der innere Weg. Aufriß meines Lebens*, Stuttgart 1961², p. 65 (cit. da A. Kaufmann in GA I, 25).

(13) Cfr. ad es. il breve ma denso scritto in memoria di Emil Lask, apparso nelle «Kantstudien», XXII, 1918 (ora in trad. it. in G. LUKÁCS, *Sulla povertà di spirito. Scritti 1907-1918*, Bologna 1981, pp. 171-195). V. anche *Diario (1910-1911)*, Milano 1983.

(14) «Man kann sich Radbruch gut an der Seite des 'Kritischen Rationalismus' denken, er war ja, recht bescheiden, ein Vorläufer von ihm. Wir nannten oben schon das 'negative Prinzip', daß man oft nur falsifizieren, Grenzen zeigen, nicht aber verifizieren, Inhalte bestimmen kann. Auch das Fallibilitätsprinzip war Radbruch der

maggior chiarezza sullo statuto logico-ontologico degli assiomi, di natura convenzionale, posti alla base del sistema etico, quali fonte del conferimento di valore.

Qui il pensiero di Radbruch offre sorprendenti anticipazioni su quelle che sono le problematiche centrali dell'attuale dibattito epistemologico post-positivista. La posizione di Radbruch sullo statuto logico degli assiomi è tutt'altro che semplice e lineare — specie per l'apertura, dominante nelle opere degli anni '40, alla tematica della «natura della cosa», che tinge di toni ontologistici la struttura concettuale di un sistema costruito in chiave relativistico-convenzionalistica. Il contrasto tra «natura della cosa» e «convenzionalità» dell'assioma è, a mio modo di vedere, uno dei punti più delicati dell'epistemologia radbruchiana (intendendo con quest'espressione non soltanto l'epistemologia di Radbruch, ma anche e soprattutto l'epistemologia che da Radbruch trae ispirazione).

Quali sono i requisiti in base ai quali accettare o respingere un assioma? Radbruch parla certamente di *Bekanntnis*, non già di *Erkenntnis*, riguardo al tipo di rapporto che vige tra la soggettività etica ed i principii ultimi che reggono l'ordinamento. Sembra però evidente che nell'ottica radbruchiana esistono confini ben solidi entro cui la *Bekanntnis* deve muoversi: in una parola il puro arbitrio — questo non-criterio che emerge dal naufragio di tutti i criteri — è solo un'ipotesi limite. Ovvero l'indimostrabilità della preferenza non significa 'arbitrarietà' di essa: non 'autorizza' la sua arbitrarietà. Nell'ottica di Radbruch sembra accertato che non ogni assioma può fondare un sistema dotato di una logica sufficientemente complessa e tendenzialmente compiuta, ma solo un assioma che sia in grado di assicurare su un piano pragmatico quella che non esiterei a definire la 'vitalità' delle proposizioni etiche da esso derivate o derivabili. Il problema dei pre-requisiti logici di un sistema etico-giuridico (in termini kantiani: delle sue condizioni trascendentali di possibilità) è un problema di non poco conto, che ridimensiona fortemente la pretesa, tutta intellettualistica, di dichiarare la perfetta equivalenza ed interscambiabilità degli assiomi a fondamento degli ordinamenti pratici.

Si consideri quanto segue: nella logica della giurisprudenza le grandi categorie del pensiero giuridico, gli 'istituti' quali proprietà, contratto, famiglia, le procedure di giustizia (commutativa e distributiva), funzionano come altrettanti assiomi: quali indimostrabili posizioni di valore a partire dalle quali può essere 'logicamente'

Sache nach selbstverständlich; er hielt keine Aussage für absolut, jede hielt für fallibel, korrigierbar. Und schliesslich entsprach auch die Idee der 'offenen Gesellschaft' seinem innersten Wesen. Seine ganze Philosophie war immer Teil eines offenen, rationalen Diskurses, zugänglich für alle Argumente (sofern sie ebenfalls rational sind)» (GA I, 87-88).

dedotta la regolamentazione normativa dei rapporti materiali soggiacenti. Gli assiomi sarebbero vere e proprie «*juristische Denkformen*» nel senso del termine che è proprio non solo del neokantiano Radbruch⁽¹⁵⁾, ma anche (l'osservazione meriterebbe però un ben maggiore approfondimento) della dottrina onto-fenomenologica di Reinach e di Gerhart Husserl⁽¹⁶⁾. Anche per gli assiomi — intesi, come si è detto, quali posizioni di valore, 'circuiti' precostituiti di pensiero a partire dai quali può essere dedotta, con l'ausilio di opportune procedure argomentative, la regolamentazione normativa di rapporti materiali, — può essere posto l'interrogativo della 'verità': in che misura la regolamentazione normativa inerisce alla 'cosa stessa'? È possibile, e in che misura è possibile, applicare — seguendo l'indicazione di Radbruch — il concetto di «natura della cosa» fino ad affermare che esistono '*naturalia negotii*' o '*naturalia matrimonii*'? In tal senso '*naturalia negotii*' sarebbero ad es. il principio di buona fede, applicabile quale clausola generale; oppure, più dettagliatamente, il divieto romanistico di lesione *ultra dimidium* nel rapporto sinallagmatico, che — se violato — darebbe luogo al diritto di rescissione, ecc. '*Naturalia familiae*', o '*naturalia matrimonii*', sarebbero invece l'indissolubilità del legame matrimoniale o l'obbligo di mantenimento del coniuge —: principi questi che verrebbero dedotti d a l l a n a t u r a

(15) Cfr. spec. *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, in «Riv. internaz. filosofia del diritto» 1941, pp. 145-156. In questo articolo si mostra chiaramente che il triplice substrato da cui emerge la «natura della cosa», ovvero i tre «tipi» di cose alla cui natura si può riferire la parola «n.d.c.» sono: a) i fondamenti naturali della regolamentazione giuridica (in cui rientra lo *ius naturale* nel senso di Ulpiano: ad es. educazione e procreazione nel rapporto familiare; il «grado naturale di maturità» come elemento necessario per la capacità di negoziare, ecc.); b) le «preforme» della regolamentazione giuridica: consuetudine, usanza, costume; c) le regolamentazioni giuridiche che possano costituire il punto di partenza di esigenze nel senso della n.d.c. rispetto ad altre regolamentazioni giuridiche (così lo *ius gentium* «considera come un fatto la sovranità giuridica degli Stati; il diritto internazionale privato fa altrettanto nei confronti dell'esistenza e della peculiarità di diritti stranieri, ecc.») (ivi, pp. 151-2). In questi casi si può dire che la natura materiale del rapporto, facendo tutt'uno con la sua regolamentazione normativa, produce una «forma giuridica di pensiero» che funziona come un circuito logico autonomo: un 'assioma' da cui si deducono poi le ulteriori regolamentazioni normative.

(16) Per Reinach i concetti giuridici possiedono la natura a priori degli assiomi: «die Gebilde, welche man allgemein als spezifisch rechtliche bezeichnet, ein Sein besitzen, so gut wie Zahlen, Bäume oder Häuser; daß dieses Sein unabhängig davon ist, ob es Menschen erfassen oder nicht, daß es insbesondere unabhängig ist von allem positiven Rechte. Es ist nicht nur falsch, sondern im letzten Grunde sinnlos, die rechtlichen Gebilde als Schöpfungen des positiven Rechts zu bezeichnen (...). Das positive Recht findet die rechtlichen Begriffe, die in es eingehen, v o r; e s e r z e u g t s i e m i t n i c h t e n» (A. REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, Halle a.d.S. 1922, p. 688). (Va visto, in questo senso, tutto il § 1 del libro: «Die Idee der apriorischen Rechtslehre»). Per G. HUSSERL, cfr. *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, Berlin 1925, in cui il punto di vista è completamente analogo.

s t e s s a dell'istituto, quale attributo o proprietà necessariamente inerente al rapporto, nello stesso modo in cui al concetto di triangolo inerisce la proprietà in base alla quale la somma degli angoli interni è uguale a 180° .

Per l'ultimo Radbruch, in altre parole, si è liberi di pensare o di non pensare in termini logico-giuridici, ma se lo si fa è impossibile rinunciare alla *Natur der Sache* quale forma essenziale del pensiero giuridico, così come in geometria si è liberi di pensare o di non pensare al concetto di triangolo, ma se lo si pensa, esso deve essere necessariamente pensato con tutte quante le sue proprietà. Il vero diritto naturale — quello che viene posto in luce dalla problematica della *Natur der Sache* — non sarebbe dunque tanto (o non sarebbe principalmente) una deontologia, ma un'ontologia, e precisamente lo studio delle p r o p r i e t à necessarie degli enti etici e giuridici, così come la geometria è lo studio delle proprietà necessarie delle entità spaziali. Con Montesquieu si potrebbe insomma concludere che «avant qu'il eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives c'est dire qu'avant qu'on eût tracé le cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux» (*Esprit des Lois*, I, 1). Ma su questa analogia — che, facendo riferimento ad una struttura logico-ontologica immutabile e necessaria degli enti di pensiero, presuppone, bene o male, l'adesione ad una sorta di realismo metafisico, — avrebbe concordato anche il primo Radbruch?

BARTOLOMÉ CLAVERO

DE LOS DUDOSOS ORIGENES
DE LOS DERECHOS HUMANOS

(a propósito de un fallido encuentro
entre los *Droits de l'Homme* y los *Natural Rights*)

Michel Villey dedicó en 1980-1981 a los derechos del hombre un curso de filosofía que, como acostumbra, se resolvió en historia. Su cuestión sería de orígenes: «La mala hierba se arranca de raíz». Tampoco espante: viene a la contra. Pero aquí de entrada menos importa su posición filosófica que su composición histórica, no tan extravagante desde luego ⁽¹⁾.

Aunque pudiera también a primera vista parecerlo. A juzgar por su índice, sería la de los derechos del hombre una historia incluso antigua: de ética griega y de derecho romano. Pero ya sabemos que se interesa por raíces. Las ve realmente brotar entre una cosa y la otra: en la escolástica, con su terreno de juego: la teología. En su contexto aparecerían facultades humanas concebidas como *derechos*, en potencial detrimento de la propia religión, o de la misma ética, de obligaciones. O en real perjuicio del *Derecho*.

Que el asunto no es nada simple, por supuesto que es Villey el primero en saberlo: sendos epígrafes se consagran a «la inexistencia de los derechos del hombre en la antigüedad» y a su «nacimiento y proliferación en el siglo XVII». Lo posterior menos se atiende; sería andarse por las ramas; sólo por vía de apéndices documentales llegan cosas como las declaraciones de 1789 y 1948. Lo intermedio vendría en cambio a ser el tronco: «El catolicismo y los derechos del hombre».

Sería la clave, y no sólo para Villey: «Este lugar común de los derechos del hombre como producto del cristianismo se encuentra presente en la literatura tanto protestante como católica. Encierra su porción de verdad: la noción moderna de tales derechos guarda raíces teológicas» ⁽²⁾. Era la composición histórica que nos interesaba,

⁽¹⁾ Michel VILLEY, *Le Droit et les droits de l'homme*, Paris, 1983, p. 105 para lo de mala hierba.

⁽²⁾ M. VILLEY, *Droits de l'homme*, misma p. 105.

ciertamente hoy tónica: el derecho naciendo de la teología; así, el derecho privado de una segunda escolástica, dominicana y jesuítica; los derechos del hombre de otra previa, franciscana y agustiniana; todo el derecho sin más de una matriz cristiana. Estamos en tiempos de pujanza de la idea ⁽³⁾.

Aunque la evidencia ya parezca otra, y por descontado que para la ciencia de Villey: «Los derechos del hombre han sido el producto de la filosofía moderna». Pero Villey también advierte: «de una filosofía no radicalmente secularizada». Tales derechos «tienen por su primera fuente una teología cristiana, pero una teología desviada» ⁽⁴⁾. Serían efecto y causa de una especie de suplantación: la de Dios por el Hombre. Una perversión teológica los habría traído. O una subversión si se prefiere, pero siempre de tal carácter. A la teología tendría que volverse ya porque de la teología no habríamos salido nunca. Todo el problema de nuestro derecho radicaría en responder a una «teología» que hubiera de resultar heterodoxa para cualquier consideración propiamente *teológica* ⁽⁵⁾.

Abstengámonos por nuestra parte, como a la historia conviene, de valores; convengamos nosotros, según le corresponde, en puros hechos: es éste hoy el paradigma. Nos cansaríamos de comprobarlo en la historia jurídica no cerrada a fenómenos de cultura; obligadamente, sin ir más lejos, pasa por la teología no sólo moral de la escolástica; y no además a cualquier propósito, sino al efecto preciso de la formación de nuestro sistema de derechos y derecho, subjetivos y objetivo. La propia obra de Villey, la más pacífica o menos militante, guarda aquí por descontado todo el peso de una autoridad ⁽⁶⁾.

Que al concepto de derechos del hombre más inmediatamente interese, ha venido particularmente Villey persiguiendo la historia del *derecho subjetivo*; desde la antigüedad la sigue a través sustancialmente de las peripecias de su propio término: *ius*. Una crítica de alcance en esto se le ha dirigido: confundiría el terreno. Sería en el del *dominium*, pese a no definirse originalmente ni siquiera como *ius*, donde debiera mirarse; en él se habría históricamente producido la aparición de un concepto tal de derecho. En 1979, Richard Tuck le hizo el reproche ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Lo he reseñado en estos mismos *Quaderni* florentinos, 15, 1986, pp. 531-549.

⁽⁴⁾ M. VILLEY, *Droits de l'homme*, p. 131.

⁽⁵⁾ M. VILLEY, *Le positivisme juridique moderne et le christianisme*, en Luigi LOMBARDI VALLAURI y Gerhard DILCHER (eds.), *Cristianesimo, Secolarizzazione e Diritto Moderno*, Milano, 1981, I, pp. 199-215.

⁽⁶⁾ De más obligado registro desde luego, sus cursos de *Histoire de la Philosophie du Droit* que desde 1968 vienen editándose, y enriqueciéndose, bajo el título de *La formation de la pensée juridique moderne*. Para mí ha sido libro de cabecera.

⁽⁷⁾ Richard TUCK, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge, 1979, pp. 22-23. Utilizo la edición *paperback*, de 1981, del mismo formato y paginación.

Villey lo acusa, pero directamente no lo responde (8). Lo hace, según indicios cronológicos, mediante la dirección de una tesis, leída en 1983 y ahora publicada: la de Marie France Renoux-Zagamé acerca de los *origines théologiques* de la categoría de derecho de propiedad tal y como acaba definiéndose en el mismísimo Código Napoleón (9). Ya por su palmaria falta de intereses teológicos, lo que en el capítulo otro discípulo hiciera, no parece ahora servir (10). Villey venía formándose y viene abrigando su propia visión (11).

La despliega la citada tesis. Más que los *origines*, interesa en ella el sistema *teológico* de pensamiento: la visión de un *dominium* originalmente divino y que Dios a la humanidad participa a través de la mediación de Adán. Interesa ante todo su composición de jerarquía, con unos derechos humanos concebibles en sí, pero inconcebibles en una posición primaria. Aquí ya la propiedad, sobre todo con una segunda escolástica que vendrá a imprimir relieve al momento del dominio humano (12).

Hay sus escollos, como que *dominium* exactamente propiedad no signifique. Dominio era, pero sobre los hombres como sobre las cosas, o sobre aquellos directa e indirectamente. Era el dominio político y era el dominio doméstico y era el dominio servil. La misma investidura de Adán ya se habría efectuado antes de la creación de Eva: derecho el dominio también era del hombre sobre la mujer. A la autora ya le consta, pero son pormenores y minucias que no la desvían ni entretienen. Va a cuestiones mayores. De la superior ya sería el de *dominium* un capítulo cardinal: *origines* de los derechos del hombre, así *teológicos* (13).

Mediación también habría sido la de Tuck, con su historia de las *Natural Rights Theories*. Se ocupaba de los *natural rights*, esto es, no del derecho natural o *natural law*, sino de los derechos humanos en el sentido precisamente previo a cualquier ordenación (14). Su campo era el de Villey. Y ya para una primera fase su historia venía a centrarse en el *dominium*, entendiendo que constituía el capítulo inicialmente

(8) M. VILLEY, *Travaux récents sur les droits de l'homme*, I (à propos de Richard Tuck, *Natural Law Theories*), en *Archives de Philosophie de Droit*, 26, 1981, pp. 411-418.

(9) Marie France RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Paris, 1987.

(10) André Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, Paris, 1969, pp. 179-195.

(11) M. VILLEY, *Notes sur le concept de propriété*, en su *Critique de la Pensée Juridique Moderne (douze autres essais)*, Paris, 1976, pp. 187-200; *Droits de l'homme*, pp. 128-130.

(12) M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques*, pp. 206-253 y 287-308.

(13) M. F. RENOUX-ZAGAMÉ; *Origines théologiques*, pp. 254 y 361.

(14) También lo advierto porque, como se habrá observado, la reseña de Villey lleva el lapsus del título cruzado: *Natural Law Theories*. El propio concepto en singular de un *derecho natural* objetivo lo veremos refir con el sentido de la aportación de Tuck.

apropiado para la indagación. Su asunto era el de Renoux-Zagamé. O más bien la viceversa, aunque así no se reconozca.

No sólo hacía Tuck señalamiento de capítulo, sino también de origen: el concepto de dominio como derecho natural subjetivo asomaría «en obras de teología moral, como *De Vita Spirituali Animae* de Gerson, o de índolejurídica, como *De Contactribus* de Summenhart» estrechamente vinculada a la anterior, «lo cual sugiere que es a la teología donde primero deberíamos mirar» para explicarnos el fenómeno (15). Villey ya con su interés lo resaltaba: «El *natural right* constituye un legado de la *teología* cristiana al vocabulario del derecho. Procede de las reflexiones de los teólogos acerca del *dominium* que sobre el universo material, conforme al Génesis, Dios ha delegado en manos de los hombres» (16).

Pero Villey también guarda su reparo: «No es ésta la tesis de Tuck, pero los propios textos que aporta de Molina, Vázquez, Suárez, etc., hacen ver que el concepto ha seguido su curso por la escolástica española» hasta desembocar, con otras aportaciones mas «con gran continuidad», en «la doctrina política moderna». Para Tuck dicha escolástica no ocuparía esta posición nodal, resultando en cambio decisivos otros movimientos modernos, que ya además sustancialmente se ubicarían en el ámbito aledaños de una revolución como la inglesa. La imagen de Villey es otra: los mismos escritos de la escolástica segunda «más bien testimonian una *continuidad* en toda esta historia», siendo suyo el subrayado de insistencia (17).

Importaba a Villey el puesto de la escolástica que dice española: era el paso intermedio en la perversión de una teología (18). La tesis de Renoux-Zagamé a su reposición acudiría. Pero no es éste el tema para Tuck, sino el de los otros elementos finalmente definitivos en la historia de la concepción de unos *natural rights*. Su objeto se identificaba con su objetivo.

Pueden entonces venir ciertamente otros a la posición nodal; así por ejemplo Hobbes, dando forma a unas ideas fermentadas no tanto en la tradición como en su medio: «The names *lex* and *ius*, that is to say, law and right, are often confounded; and yet scarce are there any words of more contrary signification. For right is that liberty which law leaveth us; und laws those restraints by which we agree mutually to abridge one another's liberty»; el *right of nature* será la *liberty* humana (19). Hobbes la habría así concebido como *derecho* del mismo

(15) R. TUCK, *Natural Rights Theories*, p. 30.

(16) M. VILLEY, *A propos de Richard Tuck*, p. 412.

(17) M. VILLEY, *A propos de Richard Tuck*, p. 417, además de la 412 citada.

(18) Traducciones de Villey se sienten obligadas a enmendarle la plana en defensa de esta escolástica tenida por española: *El Derecho. Perspectiva grega, judía y cristiana*, Buenos Aires, 1978, pp. 13-14.

(19) R. TUCK, *Natural Rights Theories*, pp. 120 y 130.

modo que también concibió a la *persona* como su sujeto: *derechos del hombre* ⁽²⁰⁾. Era el complemento natural; sin unidad de sujeto no había *derecho*, sino *dominio*. Y ya podrá ser éste función de *libertad*, y no a la inversa: *privado*, sólo *propiedad*. Con todos sus ulteriores avatares comenzándose por los de la propia forma de sustanciárseles en la misma obra de Hobbes, es el punto de partida de la historia de los derechos estrictamente humanos.

Pero no son cosas que parezcan poder enseñársele precisamente a Villey. Desde luego que las conoce. Aperte sus propios cursos, en 1967 ya más especialmente se ocupaba de la significación de Hobbes en la formación del concepto de *droit subjectif* como *droit de l'individu*, con disección de textos que al mismo Tuck podría haberle aprovechado ⁽²¹⁾. En ellos ahora reincide; *Leviathan*, inicio del capítulo XIV: «The right of nature, which writers commonly call *jus naturale*, is the liberty each man hath to use of his own power, as he will himself, for the preservation of his own nature» ⁽²²⁾.

La impresión es lo que varía. Lo que para la historia de Tuck supone una salida de la teología, y entrada desde Hobbes en legitimaciones de planteamientos autoritarios, para la de Villey resulta un engolfamiento en ella, y avance desde el mismo Hobbes en perversiones de horizontes libertarios. Sigamos prescindiendo de juicios: la historia es una misma. Y parece otra. Es otro su sentido. Los orígenes la marcan: un determinado tipo de revolución o una determinada especie de teología.

Es la estrella de este nacimiento de los derechos humanos en el diálogo, si decirse puede, entre Tuck y Villey; es su sino: ocurrencia conducente a la institución y reforzamiento del Estado o herejía exigente de un restablecimiento e imposición de la Teología. Antiguo o moderno dominio, estaría el *derecho humano* condenado a ser instrumento de poder, viejo o nuevo. ¿Otra historia no cabe?

El caso es que sí, cambiándose el método. En 1983 se celebra en la sede florentina del Instituto Universitario Europeo un seminario sobre el lenguaje político; la orientación la expone su director, Anthony Pagden, como prólogo a la edición de sus papeles en la serie *Ideas in Context*: «Los autores del presente volumen participan del programa de esta serie por convenir en que las ideas sólo pueden estudiarse en sus contextos concretos y conforme a sus propias manifestaciones y expresiones, según su vocabulario; comparten así el rechazo de los viejos modos de una historia que aborda textos en términos de fuentes

⁽²⁰⁾ De ello me ocupo en *Almas y Cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna*, a publicarse en los estudios que prepara la Universidad de Genova en Memoria de Giovanni Tarello.

⁽²¹⁾ M. VILLEY, *Droit subjectif, II (le droit de l'individu chez Hobbes)*, en sus *Seize Essais de Philosophie du Droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, 1969, pp. 179-207.

⁽²²⁾ M. VILLEY, *Droits de l'homme*, p. 136.

e influencias, imputándose a autores pretéritos nociones y propósitos inconcebibles para ellos» (23). Dicho de otra forma: no son los orígenes el lugar donde precisamente los orígenes deben buscarse.

Es en los propios texto y contexto. Así ahora opera Tuck, presente en el seminario. Se centra en la misma «modern» *theory of natural law* (24), donde los *natural rights* se concibieron, a efectos de dilucidar sus propios orígenes intelectuales. Y ahora éstos resultan, con su punto de autocrítica (25), nada teológicos.

El origen tiene ahora su nombre: Carneades. ¿De nuevo remontrándonos a los tiempos más antiguos?. No exactamente; nos quedamos en el renacimiento con su ración de escepticismo. A través del mismo análisis textual y contextual del *iusnaturalismo* moderno, *iusnaturalismo* propiamente tal, pueden verse arraigar sus posiciones, no en una tradición teológica más o menos alterada, sino en la abstracción que de ella conscientemente se hace. Se trata de un escepticismo tampoco en sí mismo creyente, sino de carácter bien pragmático, al que se llega por evidencias como la de que, sangrientamente fraccionado el cristianismo, ya no cabe basar en él una convivencia civil. Son unos *origenes escépticos*, en sí deliberadamente *ateológicos*.

Al propósito se abstraen teologías, la propia como las ajenas. El escenario del propio nacimiento ya es otro, no condenándose a ser la criatura instrumento de despotismo político o de corrupción cultural. Si con algún fin surge, es para fundar la convivencia de unos seres libres. Si hay una cuestión de orígenes, por aquí se encuentra. Arbol del bien y del mal, echa en este terreno sus raíces.

¿Y no es ésta la evidencia de los textos? ¿Cómo es que tan fácilmente se le ignora?. El curso histórico, con sus orígenes, ciega a la propia lectura. Llegándose al *iusnaturalismo* «moderno» como prosecución, con todas las alteraciones que se quisiera, de una escolástica también llamada *iusnaturalista*, como capítulo nuevo de un mismo *iusnaturalismo* en esencia, resultaba otra la evidencia: la *continuidad* de Villey. Pero los textos no sólo nacen de los textos. O pero, sobre todo, los textos no significan conforme a su secuela. Era cuestión de método.

Y a Villey le constaba. Aunque poco todo ello allí se manifestara, ya en su comentario al libro de Tuck tuvo la perspicacia de apuntarlo: el disentimiento está en el método. El lenguaje no sería camino: «su

(23) Anthony PAGDEN (ed.), *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe*, Cambridge, 1987, pp. 1-2. Se ha añadido algún capítulo a los papeles del seminario, pero no el de Tuck que ahora veremos.

(24) Es el título de su contribución (A. PAGDEN, ed., *Languages of Political Theory*, pp. 99-129), aunque al vez para el seminario fuera el de *Grotius, Carneades and Hobbes* (cit. en el mismo volumen, p. 262), precisamente indicativo de la cuestión de orígenes en la que estamos.

(25) R. TUCK, «Modern» *Natural Law*, p. 116.

misma organización se debe a filosofías». «Es en los sistemas filosóficos donde se halla la clave de las estructuras de los diversos lenguajes. Si no mediatamente, en otro lugar no se encuentra, ni en los textos jurídicos ni en la historia política. Hay que pasar por las horcas de la historia de las ontologías». Dicho de otro modo, con verdadero empeño: «Estamos convencidos de que resulta imposible desenredar este lío sin la asistencia de la filosofía. El lenguaje usual es siempre confuso. Sólo la filosofía puede clarificarlo», y no en cambio «la *historia científica*», con subrayado, ahora peyorativo, también de Villey ⁽²⁶⁾.

He aquí el dilema, finalmente desnudo. Tampoco podía uno desentenderse de la filosofía. Debe elegirse: o priva la historia, esto es, la evidencia exterior, o la filosofía prevalece; para el caso, la conciencia íntima. Tal vez sea deformación profesional la preferencia por lo primero. Con su mismo cultivo de la historia, Villey claramente por lo otro opta, siguiéndose el divorcio entre las máximas capacidades que para el ser humano representan el pensamiento y la experiencia ⁽²⁷⁾. Y sin unidad de sujeto, ¿qué derecho cabía?

⁽²⁶⁾ M. VILLEY, *A propos de Richard Tuck*, pp. 414 y 418.

⁽²⁷⁾ Otros efectos, mediando ya el uso ajeno de su obra, no sería justo imputárselos. No debe así recriminársele por la acogida militante que sus escritos congruentemente merecen en situaciones de sangrienta dictadura: M. VILLEY, *Los fundadores de la Escuela Moderna de Derecho Natural*, Buenos Aires, 1978, pp. 71-80 para las notas del traductor. El propio Villey no deja de tener constancia de «la imprudencia» de su posición: *Droits de l'homme*, p. 156.

GIULIANO CRIFÒ

BONFANTE A BETTI
(una lettera del 1927)

12 settembre 1927

Caro Betti,

Mi mandi pure qui a Roma dove sono di ritorno le bozze del lavoro sulla querela inofficiosi testamenti del suo discepolo. Io le esaminerò con tutta sollecitudine. Quanto alla rei vindicatio attenda pure con comodo all'esame critico del capitolo che le spedii.

Ella mi chiedeva a suo tempo il mio giudizio sul suo studio circa la iurisdictio del pretore romano. Io convengo in massima nelle sue idee: ritengo per es. anch'io che il pretore avesse piena facoltà di denegare la legis actio, anzi credo che questa negativa dovesse in gran parte rimediare all'assenza di exceptiones nel periodo delle legis actiones.

Alcune obiezioni a me dirette credo che siano nascenti in parte almeno da equivoci. Io non partecipo affatto l'idea del Landucci che l'editto del pretore abbia suo fondamento in una delega legislativa e la lex Aebutia fosse diretta a questo scopo. Questo io lo nego espressamente a pag. 262. Il mio concetto circa la lex Aebutia è un altro: che essa rappresenti una delle fasi per cui cresce l'ingerenza dello Stato nel processo e quindi del Pretore che rappresenta lo Stato. In vari punti della mia Storia e non soltanto della storia, ma anche delle altre mie opere generali, come per es. il Diritto romano, io ho insistito su questo concetto; che è assurdo il ritenere che lo Stato il quale avrebbe avuto ab origine intera l'amministrazione della giustizia abbia poi rinunciato ad una parte di essa per riassumerla a poco a poco con una crescente ingerenza.

Io credo che dalla giustizia privata si sia passati ad una ingerenza dello Stato diretta in origine puramente ad indurre le parti ad un accordo o ad un giudizio arbitrale: e poi lo Stato abbia via via più affermato il proprio interessamento e la propria attività nell'esito del giudizio. Non si tratta pertanto di una delega di funzione devoluta in principio ad altri organi statuali, ma da un lato di quella progressiva assunzione [2] di funzioni varie da parte dello Stato che diventano pubbliche mentre per lo innanzi erano per es. gentilizie. Quanto alla

parola usurpare adoperata a pag. 259 della mia storia, essa deve essere intesa nel suo significato storico ed è spiegata dalle parole che seguono: non vi ha dubbio che per quanto il fenomeno sia costituzionale, l'alta importanza e la profonda ingerenza del Pretore nell'amministrazione della giustizia rappresentano una espressione singolare, un incremento prepotente, per quanto giustificato da circostanze storiche, dell'attività di quest'organo. Quanto alla personalità della legge io insisto nel mio concetto espresso a pag. 218 (238 è un errore di stampa): il termine è nato nella storia del diritto medioevale ed ha un significato ben diverso da quello che ad esso si vuol attribuire. Nel diritto medioevale non si fa questione dell'applicazione della legge a stranieri, bensì della diversa legge seguita dai cittadini o sudditi di un medesimo Stato, Franchi, Borgognoni, Longobardi, Latini ecc. secondo la loro origine nazionale o anche la loro elezione. In una stessa famiglia vi erano, si riferisce, 7 persone con diritti diversi, e tutte erano egualmente soggette all'impero di Carlo Magno. Dal punto di vista sostanziale, poi, in massima la legge di uno Stato non concerne gli stranieri: non accorda ad essi diritti, non impone in massima ad essi doveri. Il regolamento per gli stranieri ha un carattere vario, ma su per giù ispirato allo stesso concetto e alle stesse esigenze nel diritto antico come nel moderno. Che nel sistema romano le forme siano sveltite e non eliminate è discussione quasi verbale e di poco conto: certo le forme nazionali così come erano costruite venivano messe da canto. Quanto alla differenza in proposito tra il diritto civile e il diritto pretorio, in massima, io non la vedo. Anche il Pretore accorda di regola diritti in base a certe condizioni solo ai cittadini. Quanto alle formule da lei adoperate a pag. 42 per esprimere l'attività del Pretore, io non vedo altra differenza rispetto alla usuale, se non nel loro carattere astratto e un po' filosofico. Anzi questa tendenza un po' troppo [3] filosofica, che vizia sempre il ragionamento giuridico, mi pare di scorgere qua e là nel suo scritto. Che il diritto pretorio colmi le lacune ed elimini le iniquità del ius civile è dal punto di vista sociale innegabile. Il suo ragionamento è una sottigliezza. Nessuno pensa che il diritto pretorio modifichi il diritto civile. Quanto a me io ho fatto espressamente rilevare l'importanza che ha per lo storico l'indipendenza e la completezza formale del ius civile anche nei tardi tempi di fronte al diritto pretorio (p. 265) ma che nel risultato pratico e dal punto di vista sociale l'applicazione iniqua del diritto civile venisse eliminata e i nuovi rapporti ottenessero la loro tutela chi potrebbe contestarlo? Le espressioni usuali vogliono dire questo, e non danno luogo ad equivoco: un'altra formula più trascendentale pesa inutilmente sullo spirito senza esprimere meglio il concetto.

A p. 58 circa le obiezioni da lei mosse alla tesi del Pais e accolte da me e dal Pacchioni a p. 58, molto si potrebbe discutere. Io reputo in sostanza che l'idea del Pais sia giusta. Quanto Ella dice è di nuovo

un equivoco. Il re è a un tempo stesso sacerdote e capo militare: ed è probabilmente come sacerdote che egli amministra la giustizia. La Repubblica pone in essere una divisione tra sacerdozio e magistratura: ed è possibile che la giustizia continuasse per alcun tempo ad esser amministrata dal re, cioè dal rex sacrorum e poi dal pontifex maximus. L'avvento del pretore sarebbe l'avvento della giustizia laica. Non si tratta di idola fori ma di concezioni che hanno una rassomiglianza generale nel diritto comparato e non sono scevre di indizi molteplici nella stessa costituzione. Non è ad ogni modo una idea che si possa respingere con sprezzante disdegno.

Io sono di ritorno da una non lunga villeggiatura e oramai non mi muoverò più da Roma. Affettuosamente suo

P. BONFANTE

Roma 12/9/7

Piazza d. Consolazione 33

La lettera, di tre pagine dattiloscritte numerate a mano dal destinatario, si conserva con molte altre presso la Fondazione Emilio Betti. Ringrazio la Signora Gemma Betti Lombardi per averne consentito la pubblicazione. — Nel trascriverne il contenuto, ho tenuto conto di correzioni e integrazioni a penna (71 giuridico //101 non//103 autografa//105 autografa) dell'autore. Indico ora le annotazioni a matita del destinatario e le sigle di cui mi servo: *a* sottolineatura, *al* adesiva, *a2* critica, *b* marginale, *bl* marginale adesiva, *b2* marginale critica, *c* commento, *d* punto esclamativo, *e* interrogativo, *f* segno di separazione, [] tra parentesi quadre, *g* rinvio.

1. 12 settembre 1927 | 1 // 9-12. ritengo — *actiones b*// 17-19. Il mio — Stato *b1* // 18 una — Stato *a1*// 22-25. è assurdo — ingerenza *b2*// 26-28. Io — arbitrare *b,c* (bene) // 31 s. lato — assunzione *a1*// 32. 2 // 34. usurpare *a*// 35. storico *a*// 36-40. per — organo *b*// 39 prepotente *a2,d* // 40. organo. Quanto *f* | personalità della legge *a*// 42. diritto medioevale *a*// 43-47. Nel — elezione *b*// 44. stranieri *a*// 45. cittadini — Stato *a*// 47-49. In — Magno □ // 49. Magno. Dal *ff*// 49-51. poi — doveri *b2*// 49 la legge — stranieri *a2,c* (oggi?)// 51. doveri *c* (altroché. Cod. civ. art. 3)// 52-53. gli stranieri — moderno *a2*// 52. su per giù *d*// 53. stesse esigenze *a2,c* (non si tratta delle esigenze ma delle soluzioni e dei mezzi tecnici in esse adoperati)// 53. moderno *e*// 54-56. Che — canto □ // 56-59. Quanto — cittadini *b2*// 58 accorda *a2* | diritti *a2,c* (non si tratta di capacità di diritto!)// 59. solo ai cittadini *a2* | cittadini. Quanto *ff*// 62. 3/ 62 tendenza — filosofica *a2*// 62-66. filosofica — sottigliezza *b2*// 65 dal — sociale *a*// 66. sottigliezza *a2*// 70-72. ma — contestarlo? *b1*// 70 ma — sociale *a1,g* (p. 44, *scil. Creazione del diritto*)// 72. contestarlo? *c* (Nessuno)// 74. trascendentale *b*// 79. equivoco *a2*// 79 s. ed è — giustizia *a2,d*// 83. cioè — sacrorum *a2*

2. I rapporti tra P. Bonfante (1864-1932) ed E. Betti (1890-1968) sono stati di intensa qualità. Se Betti a Pavia (nel 1914-15) «di rado accostava il Bonfante» ⁽¹⁾, questi però gli scriveva già a proposito della celebre «lettera aperta a B. Brugi» del 1915 ⁽²⁾. Betti del resto seguiva e sviluppava il metodo morfologico bonfantiano ⁽³⁾, si giovava del suo pensiero nell'insegnamento delle Istituzioni di diritto romano e del Diritto romano ⁽⁴⁾, ne ebbe il voto decisivo (con quelli del Segrè e del Pacchioni) per il concorso alla cattedra di Messina ⁽⁵⁾, continuerà sempre a difenderne idee essenziali, p. es. sul nesso di continuità tra *emptio* e *traditio* ⁽⁶⁾ o sul carattere della *familia* romana ⁽⁷⁾ e specialmente nella prefazione del 1958 alla *Storia del diritto romano* ⁽⁸⁾. Ciò non toglie che vi fosse tra di loro una discussione molto impegnata e, da parte del Maestro, paternamente severa ⁽⁹⁾.

3-5. G. La Pira (1904-1977) aveva seguito Betti a Firenze nel maggio del 1926 ⁽¹⁰⁾, laureandosi con lui (ma relatore avrebbe dovuto essere S. Peruzzi) il 10 luglio e ottenendo «anche il diritto alla pubblicazione» ⁽¹¹⁾ della «dissertazione di laurea sulla successione intestata e necessaria: tema che (La

⁽¹⁾ E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, Padova, 1953, 14 (= *Not.*).

⁽²⁾ *Not.* 15 e riferimenti in *Quad. fior.*, 7, 1978, 239 n. 295. V. ora C. LANZA in *Costituzione romana e crisi della repubblica* a cura di G. Crifò, Napoli, 1986, 65 ss. con le note.

⁽³⁾ *Not.* 15, 19. Cfr. p. es. *BIDR* 34, 1925, 266 ss., 277 e, in modo particolarmente esplicito, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano* (oltre, ad 7-8), 53 n. 2 dell'estr.

⁽⁴⁾ *Not.* 19. Ho già notato altrove come le copie personali dei corsi pavesi di Bonfante siano intensamente postillate da Betti.

⁽⁵⁾ *Not.* 23.

⁽⁶⁾ P. es. nel corso parmense sulla tradizione, negli studi dedicati a Bonfante e a Riccobono e nelle *Istituzioni di diritto romano* P², rist. Padova 1947, 400 s., 410.

⁽⁷⁾ *SDHI* 18, 1952, 241 ss.

⁽⁸⁾ *Pietro Bonfante*, in *Storia del diritto romano*, rist. della IV ed. (= *Opere complete di Pietro Bonfante* a cura di G. Bonfante e di G. Crifò, I, Milano, 1958, VII ss.).

⁽⁹⁾ V. in particolare P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità* (1915) in *Id.*, *Scritti giuridici vari*, I, Torino, 1916, 492 n. 1, a proposito di BETTI, *La 'vindictio' romana primitiva*, in *Il Filangieri*, 1915, 324 e 325 n. 1, con la replica di BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere'* ecc. in *BIDR*, 28, 1916, 332 s. e l'ulteriore risposta di BONFANTE, *I limiti originari dell'usucapione* (1915), in *Scritti*, cit., II, Torino, 1918, 703-707 (postilla); nonché BONFANTE, *Il concetto unitario della solidarietà* (1916), in *Scritti*, cit. III, Torino, 1921, 242, su BETTI, *L'efficacia estintiva della 'litis contestatio' nelle obbligazioni solidali passive*, Camerino 1918 (ma 1919). E v. anche p. es. BONFANTE, *Storia*, cit. P², 444 (= *Opere*, I, 482) per l'adesione alla concezione bettiana circa il *contrahere* della *litis contestatio* come allusivo agli effetti e non all'accordo di volontà: cfr. BETTI, *Per una costruzione giuridica della c.d. consumazione processuale*, Parma, 1919, 11-12 in nota; *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane*, in *BIDR*, 34 cit., 291 n. 2; anche *Storia*, cit. l.c. n. 13 per l'ipotesi bettiana di *actiones ficticiae* concesse in base a *interrogatio* e a *confessio in iure*.

⁽¹⁰⁾ Il 3 maggio, cfr. lett. del 4 maggio in G. LA PIRA, *Lettere a casa* (1926-1977), a cura di D. Pieraccioni, Milano, 1981, 3 s. (= I).

⁽¹¹⁾ Lett. 10 luglio 1926 in G. LA PIRA, *Lettere a Salvatore Pugliatti* (1920-1939) con presentazione di F. Mercadante, Roma, 1980, 69 (= II).

Pira) continuò a elaborare profondamente in una simpatica comunione di discussioni e di vita, onde si generò fra discente e docente una devota e duratura amicizia (il libro fu da La Pira pubblicato nel '30 e gli diede la cattedra all'Università di Firenze)» (12).

In effetti, se il volume uscì appunto nel 1930 (13), parte delle bozze era però già pronta nel '27, come è possibile precisare anche sulla scorta delle lettere del La Pira. Così, «il lavoro da pubblicare procede alacramente: ma la pubblicazione (lo stampa Bemporad) definitiva dell'opera non sarà pronta che per giugno» (14); il 4 agosto ne erano state predisposte già le prime 600 pagine (15) e il 14 agosto La Pira aveva «consegnato ... i venti quaderni pronti ... Così in quei quaderni ove è scritta tanta roba arida, è contenuta tanta parte, e la migliore, dell'anima mia» (16). Ancora il 4 ottobre 1927 si dice che «Betti si è preso la briga di aiutarmi nella correzione delle bozze ... Sto lavorando ancora per la redazione della parte non consegnata del manoscritto» (17) e il 6 ottobre: «spero di consegnare il 15 i due terzi del lavoro che ancora debbo consegnare e che ho redatto e rivisto in questi tempi ... Mi restano, è vero, le bozze da correggere; perché Betti è sotto a preparare la sua prolusione (18) e non posso pretendere un ulteriore sacrificio da lui» (19). Ancora l'8 ottobre: «sono dietro ai miei interminabili manoscritti» (20) e il 20 ottobre: «il mio lavoro si è alquanto arretrato e Vallecchi attende con molta pazienza» (21). Non c'è dubbio dunque che già nel settembre '27 ci fossero le bozze di cui Betti aveva scritto a Bonfante. E se è vero che la discussione sulla *querela inofficiosi testamenti* costituisce, nel volume del '30, la sezione III della parte III (pp. 412-505) e «l'appendice esegetica e critica» (pp. 507-567), con l'utilizzazione, inoltre, di lavori degli anni 1927 e seguenti (22), tuttavia La Pira aveva cominciato appunto con lo studio della *q.i.t.*: «Studiavo la *querella inofficiosi testamenti* e dopo aver proceduto alla separazione e ricostruzione dei

(12) BETTI, *Not.*, 26. Il riferimento alla cattedra fiorentina, giusto nella sostanza, è peraltro ellittico. Sull'insegnamento di La Pira a Firenze v. ora P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, 1986, in specie 99 ss.

(13) *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Vallecchi ed., Firenze [1930], pp. xxvii-598.

(14) Lett. 31 marzo 1927: II, 71; lett. 21 maggio 1927: I, 56.

(15) Lett. 4 agosto 1927: I, 76.

(16) Lett. 14 agosto 1927: I, 76 s.

(17) Lett. 4 ottobre 1927: I, 80.

(18) *Diritto romano e dogmatica odierna*, prolusione al corso di Istituzioni di diritto romano nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano, letta il 14 novembre 1927 (*Not.* 26 e n. 6) e pubblicata in *Arch. giur.*, 99, 1928, 129 ss.; 100, 1928, 26 ss. E qui, alle pagg. 47 e segg. con le relative note, ampia valorizzazione degli studi di La Pira.

(19) I, 81. Cfr. lett. 17 giugno 1926 (I, 30 s.): «Anche ieri Betti mi ha scritto una lunga lettera: egli legge i libri per me e poi me ne dà il resoconto!»

(20) I, 82.

(21) I, 88.

(22) Per es. le lezioni bettiane sul diritto di successione (1927-28) e la prolusione milanese; ma anche Bozza, *Sulla competenza dei 'centumviri'* (1928) o uno studio del Gangi del 1929.

due regimi che avevo notato stratificati l'uno sull'altro nelle fonti giustiniane», la «logica stessa dei miei studi» lo costrinse a un'indagine preliminare della vocazione necessaria del *suus* e di quella tutelabile con la *querela* e a rinviare così alla terza parte lo studio di quest'ultima ⁽²³⁾.

Bonfante avrà potuto perciò avere bozze di stampa in proposito. Difficile invece stabilire se le abbia anche lette allora. In ogni caso, nella posteriore (IX) edizione delle *Istituzioni di diritto romano* ⁽²⁴⁾ l'impreciso richiamo «La Pira, in *Successioni ereditarie* ecc., & 47 segg. » ⁽²⁵⁾ appare certamente ripreso dall'autocitazione lapiriana nel saggio (del 1928) sulla sostituzione pupillare ⁽²⁶⁾: «La P., *Successioni ereditarie intestata e contro il testamento in diritto romano*, & 47 sgg.» ⁽²⁷⁾. Può aggiungersi che nel concorso alla cattedra modenese del 1930 (la Commissione era composta da Scialoja, Arnò, Torelli, Segrè, C. Longo) La Pira ebbe due voti per il terzo posto sulla base d'un giudizio di minoranza che riconosceva in specie nella parte relativa allo sviluppo della *q.i.t.* classica e postclassica «tanto dal punto di vista formale quanto da quello sostanziale un contributo nuovo e veramente notevole» ⁽²⁸⁾.

4-5. Il rapporto tra il giovane Maestro (Betti aveva allora 36 anni) e il ventiduenne discepolo è stato per alcuni anni tra i più intensi che si possano immaginare nel panorama universitario italiano. Le lettere pubblicate, ma ancor più quelle non pubblicate e conservate presso la Fondazione Emilio Betti — una, di grande rilievo, è parzialmente trascritta da F. Mercadante nella sua presentazione delle lettere a S. Pugliatti ⁽²⁹⁾ — ne rendono tutto lo spessore. È un rapporto «tra un fratello e un padre» ⁽³⁰⁾, «dall'opera del quale, buona e sapiente, io appresi cosa mai racchiudesse di profonda intimità e di affettuoso e paziente sacrificio ⁽³¹⁾ la dolce parola di Maestro» ⁽³²⁾. Quanto a Betti, egli ricorda La Pira come uno dei suoi «tre migliori allievi» — gli altri due sono T. Segrè ed E. Allorio — quelli soli che forse serbano «traccia nella loro formazione mentale» dell'«opera di educazione spiegata... dalla cattedra per ventisette anni, così in patria come all'estero» ⁽³³⁾. E qualcuno ricorderà l'emozione dell'incontro tra di loro, in occasione della consegna degli Studi in onore del vecchio Maestro per il XLV anno d'insegnamento, il 22 novembre 1962 ⁽³⁴⁾.

⁽²³⁾ *La successione*, cit., VII.

⁽²⁴⁾ Vallardi ed., 1932.

⁽²⁵⁾ *Op. cit.*, 218 n. 2.

⁽²⁶⁾ Pubblicato negli *Studi Bonfante*, III, Milano, 1930, 271 ss.

⁽²⁷⁾ *Op. cit.*, 276 n. 4. Il saggio in questione è anch'esso richiamato da Bonfante nel (modificato) § 208 (sulla sostituzione pupillare) delle *Istituzioni*.

⁽²⁸⁾ *Boll. uff. Min. P. I.* 58, 1, 1931, parte II, 666.

⁽²⁹⁾ II, 43 s.

⁽³⁰⁾ Lett. 22 luglio 1926: I, 45.

⁽³¹⁾ Come più volte si sottolinea nell'epistolario lapiriano.

⁽³²⁾ *La successione*, cit., VIII.

⁽³³⁾ BETTI, *Not.*, 43 s.

⁽³⁴⁾ Cfr. *SDHI*, 28, 1962, 520 ss.

5-6. Si tratta del cap. XXXV del *Corso di diritto romano II. La proprietà*. Parte II, Roma 1928, 293 ss.: La difesa della proprietà (*rei vindicatio*), sottoposto da Bonfante alla revisione di Segrè e Betti: cfr. *ivi*, n. 1 ⁽³⁵⁾.

7-8. Si tratta della prolusione al corso di Storia del diritto greco e romano nell'Università di Firenze, letta il 17 gennaio 1926 e pubblicata con il titolo «*La creazione del diritto nella ' iurisdictio ' del pretore romano*» ⁽³⁶⁾. Bonfante aveva certamente ricevuto il lavoro da qualche tempo, giacché egli lo cita non secondo la numerazione del volume bensì secondo quella autonoma dell'estratto.

8-12. Si noterà la rilevanza di questa dichiarazione, da inserire in un dibattito tra i più interessanti della moderna romanistica. Una lucida esposizione dell'ipotesi sul trapasso dalla *denegatio (legis) actionis* alla *exceptio* tramite la *praescriptio pro reo* si ha in BETTI, *Diritto romano*. Parte generale, I, Padova, 1935, 532. Si v. anche P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, II, 1, rist. Milano, 1944, 239 ss. e, di recente, A. METRO, *La ' denegatio actionis '*, Milano, 1972.

14. L. LANDUCCI, *Lex Aebutia. Considerazioni storiche*, in *Atti R. Ist. Veneto di scienze, lettere ed arti*, t. VIII, s. VII, 1896-97, 1618-1646. Betti fa riferimento in specie alle p. 1624 ss., 1635 ss. (*Creazione*, 12 n. 1 a p. 11 dell'estratto).

17. Il riferimento è alla p. 262 della III edizione della *Storia del diritto romano* (Milano, 1923) ⁽³⁷⁾. Ma Betti aveva rilevato (*Creazione*, n. 1 di p. 11 a p. 12, 14 e n. 2 dell'estratto) un'oscillazione nel pensiero di Bonfante, tra la p. 260 in f. («È probabile che questa facoltà positiva (di concedere azioni in base a rapporti nuovi) sia stata conferita (al pretore) soltanto dalla *lex Aebutia*») ⁽³⁸⁾ e p. 262 in f. («Base giuridica delle norme emesse dal Pretore non è un'attribuzione o delega della potestà legislativa a questo magistrato») ⁽³⁹⁾.

21. *Diritto romano*, Firenze, 1900, 54 ⁽⁴⁰⁾. Questo richiamo sembra importante non solo per la persistenza delle idee ma anche per l'autonomia dell'opera, definita geniale e suggestiva dal Ferrini, p. es., ma in genere non più ricordata in dottrina, quasi fosse stata assorbita nella *Storia* e nelle successive edizioni delle *Istituzioni*.

⁽³⁵⁾ = *Opere complete*, V, Milano, 1968, 395 n. 1.

⁽³⁶⁾ Negli *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, 65 ss.

⁽³⁷⁾ = *Opere complete*, I, 283.

⁽³⁸⁾ = *Opere complete*, I, 281.

⁽³⁹⁾ = *Opere complete*, I, 283.

⁽⁴⁰⁾ = *Opere complete*, IX, Milano, 1976, 46.

33-40. *Storia* 259 ⁽⁴¹⁾: «Chi usurpa di fatto la funzione legislativa, in guisa da divenire l'organo classico della evoluzione giuridica romana, è il Pretore». L'ipotesi ricostruttiva bettiana è volta a liberare l'analisi storica dal peso, consapevole o meno, della teoria moderna della separazione dei poteri. Così, «solo un completo disconoscimento di quella che è la vera essenza dell'*imperium* del magistrato e un male inteso feticismo della teoria del Montesquieu han potuto far sorgere la strana credenza che il pretore, esercitando un potere discrezionale nella *iurisdictio*, commettesse un'usurpazione» (*Creazione*, 14 dell'estr.; ed ivi, n. 1: «Così Landucci, *l.c.*, 1625-29; forse anche — almeno in apparenza — Bonfante, *Storia*, I³, 259; cfr. 260 in fine» ⁽⁴²⁾). La precisazione di Bonfante è dunque particolarmente utile sul piano storico, che è quello a cui si allude anche con l'espressione, segnalata da Betti col punto esclamativo, «incremento prepotente». Ma proprio questa espressione potrebbe esser spia ad un'allusione all'idea del Landucci, *op. cit.*, 1624 che, parlando di usurpazione, intende una attività «illegale, incostituzionale», produttiva di responsabilità all'uscita dall'ufficio del magistrato; una «immensa usurpazione», «la spoliazione della civitas del suo più geloso potere, vale a dire di quello di far le leggi» (*op. cit.*, 1626) (E la stessa idea è riferita anche al senato ed alle magistrature e promagistrature: *op. cit.*, 1627). Potrebbe dunque ben trattarsi nel caso di Bonfante di semplice accostamento o suggestione verbali. La cosa pare dubbia, però, in ogni caso, sul piano dogmatico, stando all'analogia valutazione in termini di 'usurpazione' per quanto riguarda il valore del senatoconsulto ⁽⁴³⁾: dottrina comune, che dipende dallo *Staatsrecht* mommseniano («Allerdings finden sich Übergriffe») ⁽⁴⁴⁾ e per la cui critica rinvio al mio lavoro sull'attività normativa del senato in età repubblicana ⁽⁴⁵⁾.

40-59. Sul punto della personalità del diritto, a Betti «le riserve e le critiche del Bonfante al concetto» «sembrano contestabili. Che soli destinatari della legge siano i cittadini è un fenomeno specificamente romano e antico, che non si può spiegare soltanto con l'antico ordinamento territoriale o l'antica distribuzione della cittadinanza (*Storia* I, 218 s. n. 3) ⁽⁴⁶⁾. Esso concerne lo stesso *vigore* (prima ancora che l'applicazione) della legge ⁽⁴⁷⁾ e dipende da un'idea peculiare di autonomia e autodeterminazione, per cui la legge è concepita esclusivamente quale ordinamento interno della *civitas* ... ordinamento, il quale ... non può logicamente valere se non per coloro che l'hanno posto in essere e che della *civitas* fanno parte. Al contrario, nello Stato

⁽⁴¹⁾ = *Opere complete*, I, 280.

⁽⁴²⁾ = *Opere complete*, I, 280, 281.

⁽⁴³⁾ Cfr. *Opere complete*, I, 394. Così anche p. es. DE FRANCISCI, *Arcana imperii*, III, 1, rist. Roma, 1970, 337; *Sintesi storica*⁴, Roma, 1968, 236 s.

⁽⁴⁴⁾ III, 2³, 1236. È forse da segnalare che la frase del Mommsen, in rapporto agli «empiétements sur le pouvoir législatif général», risulta tralasciata nella traduzione del Girard (sulla cui ristampa v. ora la mia 'nota' in *SDHI*, 52, 1986, 51 ss.).

⁽⁴⁵⁾ *BIDR.*, 71, 1968, specie § 3 con la n. 22 e § 5.

⁽⁴⁶⁾ *Opere complete*, I, 328 n. 60.

⁽⁴⁷⁾ Per la distinzione v. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, 13 ss., sulla scorta di E. Zitelmann.

moderno, la legge non è punto limitata, in linea di principio, ai cittadini dello Stato stesso. Essa concerne, almeno potenzialmente, chiunque — anche straniero — venga a trovarsi nell'orbita della sovranità dello Stato ... L'antitesi risale, in fondo, a una differenza di organizzazione sociale e politica: una differenza, cioè, di struttura dell'ordinamento giuridico. Non è neppure esatto che nel sistema del *ius gentium* fossero 'eliminate' le forme: piuttosto, erano sveltite» (*Creazione*, 37 n. 1 dell'estr.).

Poiché nel dibattito sulla questione, «tuttora controversa» (48), le posizioni di Bonfante e Betti vengono, pur se non sempre correttamente, sempre ricordate, la replica epistolare del primo assume il valore di un'interpretazione autentica. Essa riprende per vero la sostanza, anzi le stesse parole, della *Storia* (49), chiarisce però, diversamente da lì, che si tratta del significato da assegnare al 'termine' e, tecnicamente — come ripete il De Francisci (50) — al «fatto caratteristico dell'alto medio-evo, per cui *i cittadini di uno stesso Stato* possono essere regolati, secondo la loro origine o secondo la loro elezione, da norme diverse». Per De Francisci dunque l'espressione 'personalità del diritto' non è applicabile a Roma in questo senso, e «però non può nemmeno parlarsi di territorialità perché *solo i cittadini*, almeno nel periodo più antico, sono destinatarii delle norme» (51). Betti, dal canto suo, annotando «oggi?», contestava la frase «la legge di uno Stato non concerne gli stranieri: non accorda ad essi diritti, non impone in massima ad essi doveri», ricordando l'art. 3 c.c. 1865 (52) ed escludeva che «il regolamento per gli stranieri» sia «su per giù» (punto esclamativo di Betti) «ispirato allo stesso concetto e alle stesse esigenze nel diritto antico come nel diritto moderno», giacché a suo avviso non si tratta delle esigenze ma delle soluzioni e dei mezzi tecnici in esse adoperati e il problema non riguarda la capacità giuridica.

62-75. Interessante è l'accusa di sottigliezza (53) fatta da Bonfante alla ricostruzione bettiana del rapporto tra *ius civile* e *ius praetorium*, accompagnata dal rilievo sulla tendenza «un pò filosofica» (anzi, «un pò troppo filosofica, che vizia sempre il ragionamento giuridico») e sulla formulazione inutilmente «più trascendentale». Il punto in realtà sembra piuttosto quello se non occorra correttamente distinguere tra aspetti teorici e aspetti pratici del fenomeno, la cui rilevanza è senza dubbio egualmente presente allo spirito di Bonfante e a quello di Betti, ma più energicamente (vogliamo dire: più dogmaticamente?) chiarita dalla ricostruzione bettiana. La quale ha il dichiarato scopo «non di nascondere, sì di scrutare a fondo e di mettere in luce le radici del dualismo, a fine di scoprire il peculiar fondamento giuridico-costituzionale di quello specialissimo diritto magistratuale che è il diritto pretorio» (54).

(48) F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, Milano, 1954, 111 n. 10, con rinvio anche a B. PARADISI, *Storia del diritto internazionale nel Medioevo*, Milano, 1940, 439 ss.

(49) I³, 218 n. 3 = *Opere complete*, I, 238 n. 60.

(50) *Storia del diritto romano*, II, 1, rist. Milano, 1944, 259 n. 6.

(51) *Op. loc. cit.*

(52) «Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini».

(53) Già antica: BONFANTE, *Scritti*, cit., I, 492; III, 242 (v. sopra n. 9).

(54) *Creazione*, 44.

76-88. È notevole che Bonfante ribadisca la propria convinta adesione alla tesi del Pais circa una continuazione in chiave sacerdotale dell'amministrazione della giustizia già esercitata dal *rex*. Betti, invece, proponeva una linea che vede nel *consul* (e nel *praetor*) l'erede della *iurisdictio* regia e nei giuristi posteriori i successori del collegio dei pontefici⁽⁵⁵⁾. Annotando la lettera, Betti non esita a segnare con un punto esclamativo la frase «ed è probabilmente come sacerdote che egli amministra la giustizia». In proposito basterà richiamare il Kaser⁽⁵⁶⁾ e ricordare che la tesi del Pais, accolta ad es. anche dal De Martino⁽⁵⁷⁾, è stata radicalmente respinta dalla Vernacchia⁽⁵⁸⁾.

Ho provato a indicare alcune delle questioni più rilevanti sollevate nella lettera bonfantiana. L'occasione si presta a una considerazione più generale. Questo tipo di fonte documentaria è da sempre importante per la conoscenza reale del movimento delle idee e la migliore determinazione di tanti aspetti della cultura di un'epoca. Se in genere offre, per esplicito o per implicito, preziosi e, talvolta, gli unici spunti per una biografia intellettuale⁽⁵⁹⁾, non mancano casi nei quali vengono offerte informazioni critiche di concreto interesse scientifico su nodi centrali della ricerca. Ne dà ottimi esempi proprio Betti che frequentemente riferisce e discute nei suoi lavori talune comunicazioni epistolari⁽⁶⁰⁾. Non sembrerà dunque fuori di luogo un appello a che questo materiale venga studiato anche dai romanisti e, prima ancora, identificato e conservato. Non sono, forse, gli storici «i custodi delle fonti»⁽⁶¹⁾?

⁽⁵⁵⁾ Creazione, 58 s.

⁽⁵⁶⁾ «Das neben dem König die Priestern und ihre Kollegien eine Gerichtsgewalt hatten, ist nicht glaubwürdig»: *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 22 con lett. a n. 34.

⁽⁵⁷⁾ *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, su cui v. criticamente G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I* (corso 1961-62), Roma, 1962, 118 ss. e, p. es., adesivo L. BOVE, *iurisdictio*, in *NNDI*, IX, 1963, 346 e, contrario, G. I. LUZZATTO, *Giurisdizione* (dir. rom.), in *EDD.*, 19, 1970, 192.

⁽⁵⁸⁾ *Il pontificato nell'ambito della 'res publica' romana*, in *Studi Betti*, IV, Milano, 1962, 425 ss. Il Pais è richiamato da ultimo da J. SCHEID, *Le prêtre et le magistrat. Réflexions sur les sacerdoxes et le droit public romain à la fin de la République*, in *Des ordres à Rome* (sous la dir. de Cl. Nicolet), Paris, 1984, 243 ss.

⁽⁵⁹⁾ Mi piace ricordare un recente esempio di quanto possano essere rilevanti talune testimonianze epistolari. Mi riferisco alla lettera 11 novembre 1978 di Edoardo Ruffini (1901-1982), pubblicata in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 1094 ss., ristampata in *Per Edoardo Ruffini* a cura di S. Caprioli e L. Rossi, Perugia, 1985, 147 ss.

⁽⁶⁰⁾ Per es. di A. Heuss (1952) in *Scritti Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, 123 s.; H. G. Gadamer (1961) in BETTI, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen, 1962, 1972², 51; W. Hellebrand (1961), *ivi*, 51 s. (non riportate nella traduzione parziale del lavoro bettiano in J. BLEICHER, *L'ermeneutica contemporanea*, Bologna, 1986, 75 ss., ma riportate in BETTI, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito* a cura di G. Mura, Roma, 1987, 201 s.); F. Wieacker (1963) in *Syntelesia Arangio Ruiz*, Napoli, 1964, 73.

⁽⁶¹⁾ Come ci ha ricordato di recente un insigne sociologo: v. il mio studio *Tra sociologia e storia. Le scelte culturali di Norbert Elias in Rituale cerimoniale etichetta* a cura di S. Bertelli e G. Crifò, Milano, 1985, 268.

PAOLO GROSSI

EPICEDIO PER L'ASSOLUTISMO GIURIDICO (*)

(dietro gli 'Atti' di un Convegno milanese, e alla ricerca di segni)

1. Sulla insegna di un Incontro milanese e sui segni che ne emergono. — 2. L'Incontro milanese fra i presagi di alcuni anni fertili. — 3. Interpretazione ed esegesi.

1. Assai mi dispiacque di non poter raccogliere l'invito che Giorgio Berti, amico fra i più cari e collega fra i più stimabili, mi rivolse con insistenza per partecipare a un Convegno organizzato verso la fine dell'ottobre 1984 presso l'Università Cattolica di Milano; e mi dispiacque non già perché perdevo una simpatica occasione di incontri, ma perché il tema mi apparve allora — e mi appare ancor più oggi — di un rilievo eccezionale: «Autorità consenso e prassi nella creazione e nella attuazione delle norme giuridiche» (1). Il rilievo può essere rettammente valutato se, al di sotto e al di dentro della frase generica dell'intitolazione, si sa leggere l'intenzione dell'organizzatore, che è di parlare finalmente senza falsi pudori del rapporto fra normazione e interpretazione e, conseguentemente, fra regola autoritaria e continuità dell'ordinamento come esperienza, di riproporsi il vecchio e perenne problema con la provvedutezza di un giurista che non vuole abdicare a nessuna delle ricchezze del suo presente e vuole invece sbarazzarsi di buon grado di eredità dannose e condizionamenti del passato. Lo vedremo e lo documenteremo fra breve, ma conviene dirlo subito come premessa che motiva e giustifica queste pagine: gli 'Atti' del Convegno milanese sono rilevanti proprio in grazia degli occhi nuovi con cui gli attori guardano al loro oggetto, proprio per il carattere di segno che l'iniziativa assume dinnanzi alla attenzione dello storico, segno sicuramente della esistenza d'un disagio ma anche delle

(*) L'oggetto di queste pagine ha costituito il tema di una lezione tenuta il 5 maggio 1988 presso la Facoltà giuridica dell'Università di Ferrara, su invito del Preside Prof. Giorgio Cian.

(1) *Autorità consenso e prassi nella creazione e nella attuazione delle norme giuridiche* — *Atti del Convegno, Milano 26-27 ottobre 1984*, pubblicati in *Jus*, XXXII (1985), che dedica loro l'intero fascicolo di settembre-dicembre.

forze per superarlo e andare avanti. Ciò che per il comune osservatore sono tracce insignificanti, può divenire per lo storico un segno, cioè l'affiorare di realtà più profonde, e l'universo, da semplice che appariva prima ad occhio nudo, comincia a rivelare entro il fuoco del suo occhiale insospettite complessità. Rispetto al cultore di uno *ius positum* lo storico del diritto non è certo né un personaggio più provveduto né dotato di particolari carismi. Ha soltanto il privilegio oggettivo, che discende dalla sua specifica professionalità, di vedere i singoli eventi non isolati ed avulsi ma sempre come frammenti di un ordito e punti di una linea, di inserire i singoli punti in un tracciato che nasce dallo ieri e si allunga al domani con una tensione continua fra radici lontane e proiezioni future. Quando lo storico del diritto si fa lettore del presente, questo si complica inevitabilmente ai suoi occhi, e non già perché l'occhiale sia deformante ma perché coglie il dato come relativo, al centro di nessi e dimensioni; lo coglie come segno, lo inserisce in un itinerario. Mai come oggi si avverte la veridicità di quella dignità metodologica, apparentemente paradossale e bizzarra, su cui insisteva Teilhard de Chardin: «Le Passé m'a révéler la construction de l'Avenir» (2).

È tenuto dietro senza falsazioni o contenimenti a questa sottile coscienza che si offrono al lettore le modeste note di queste pagine: lettura di una tessera del presente da parte dello storico, che ricompone riannodando quel mosaico nascosto dove le dimensioni temporali più corpose sono il passato e il futuro.

2. E veniamo al messaggio di questo Incontro singolare.

Già nella lettera di invito, redatta da Giorgio Berti, e opportunamente riportata in premessa al volume per il suo valore interpretativo, si sottolinea «l'urgenza di nuove analisi del fenomeno normativo» e si leggono frasi programmatiche come questa: «lo stato della legislazione ufficiale è tale ormai che gli stessi criteri di validità e di efficacia delle leggi e delle norme, nonché gli stessi canoni interpretativi, quali desunti dalla sistematica tradizionale e dalle formalizzazioni che ne ha fatto il legislatore, sono di continuo fonte di dubbi e perplessità; e paiono ancor più labili gli stessi confini fra la produzione formale delle leggi e i procedimenti applicativi ed esecutivi ad opera della giurisdizione, delle autorità amministrative e delle autorità private». O ancora: «l'eclisse di un ordine sistematico e formale induce subito un'alterazione dei confini tra i vari aspetti e momenti della produzione normativa: chi è tenuto ad attuare le disposizioni pretende di partecipare alla loro elaborazione e di divenirne così in qualche modo interprete autentico o addirittura libero e spontaneo esecutore». Con la

(2) È la lezione ripetutamente espressa soprattutto in P. TEILHARD DE CHARDIN, *La vision du passé*, in *Oeuvres* — III, Paris, Editions du Seuil, 1957 (il passo riportato nel testo è tratto da una *lettre de voyage*, ed è riportato dai Curatori in esergo).

considerazione conclusiva che «le gravi incertezze si accumulano anzitutto sul rapporto normazione-attività interpretativa» e con la pressante domanda parimente conclusiva: «se il sistema positivo della produzione normativa non è più polo di unificazione dell'ordinamento, in che modo si può salvare questa unità: l'interpretazione può svolgere questo ruolo?» (3).

È un frasario connotato da una inusitata franchezza e ben espressivo della sostanziale affrancazione dalla tradizione vincente della giuristica italiana, che è formalistica e legalistica. È sintomatico che sia un pubblicista ad assumere l'intrapresa, anche se in essa vediamo coinvolti cultori delle più disparate aree disciplinari, perché il pubblicista, sia per la sua estraneità ai rigorismi d'una cultura e d'una tecnica più che millenarie, sia per il suo operare al di fuori di cittadelle codificate, sia per il suo continuo e immediato fare i conti con una sostanza politico-sociale mutabilissima che è chiamato in prima persona a ordinare, è fra i giuristi forse il più disinvolto; sintomatico che, nella cerchia dei pubblicisti, a invitarci a questa rimediazione sia stato Giorgio Berti, personaggio che incarna una visione assillatamente problematica della scienza, analista curioso e tormentato delle forme giuridiche del proprio tempo (4). È da sottolineare, poi, che fra le scuole civilistiche italiane abbia raccolto l'invito quella più nutrita d'una affinata ricerca filosofica, la scuola di Luigi Mengoni, (né — credo — abbia giocato soltanto la vicinanza accademica con Berti in seno alla stessa Università) (5).

Quel che di più significativo emerge da questi 'Atti', pur tra la varietà e diversità delle impostazioni e dei toni, è l'esigenza di «guardare di più alla società come è» in contrappunto alla precisa consapevolezza di «una decadenza più interiore della stessa funzione normativa statale, che non ha più la forza di tradurre la disciplina in forme razionali di responsabilità» e di un irreversibile «processo di impazzimento delle varie cellule legislative» (6); consapevolezza quindi anche che oggi «l'interpretazione... si candida... per una nuova legittimazione, la quale non può che originare fuori dal piano normativo» (7), convinzione che «il recupero dell'ermeneutica giuridica

(3) Premessa, pp. 315, 316, 317.

(4) Basterebbe a dimostrarlo la recente raccolta di suoi scritti: *Diritto e Stato - Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, e il recentissimo corso di lezioni: *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987.

(5) Sono presenti negli 'atti' due significativissime relazioni, dello stesso Luigi MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina* (p. 469) e di un allievo di Mengoni, Carlo CASTRONOVO, *Legittimazione, discorso giuridico, diritto privato* (p. 430).

(6) Sono passi tratti dalla relazione introduttiva di G. BERTI, *Normatività, leggi dello Stato e diritti della persona* (vedili, rispettivamente, alle pagg. 320, 321, 322).

(7) CASTRONOVO, *Legittimazione, discorso giuridico, diritto privato*, cit. p. 435.

come metodo capace di produrre nuove conoscenze postula il superamento del positivismo legislativo» (8).

Si dirà che non si tratta di cosa nuova e che fermenti e indicazioni potevano cogliersi da tempo nel divenire della recente scienza giuridica. Il nuovo sta intanto nel fatto che un'intera assisa congressuale di giuristi e non di filosofi vien chiamata a discutere e ruota completamente sul problema, ma soprattutto che al problema si guarda con una psicologia affatto nuova, senza complessi, dimostrando che ci si è finalmente sbarazzati di quella ingombrante mitologia giuridica rimasta intatta da duecento anni nel sacrario della coscienza di ogni giurista dabbene; il nuovo sta nel fatto che anche alcuni civilisti hanno partecipato al rito affrancatorio da certi passati impacci e propiziatorio di futuri cammini.

Il coinvolgimento dei civilisti è la circostanza da salutare con soddisfazione, perché il civilista è stato *per absurdum* la creatura più segnata e plagiata (e lo vedremo fra un momento) da quella grande operazione di monopolizzazione statale dello *ius privatum* compiuta con lucidità di impostazione e con eccellenza di risultati dalla catena ininterrotta di codificazioni dal 1804 al 1942. Ed è particolarmente sotto questo profilo che gli 'Atti' del Congresso milanese sono un segno e un segnale: hanno dato forma e figura piene a un disagio serpeggiante; han tentato di raccogliere le voci sparse, ordinare le indicazioni via via accumulate, dare una veste teorica più solida al generale problema dei rapporti fra normazione e interpretazione oggi; che è problema di fondazioni e scaturigini prime dell'ordinamento positivo.

Il Convegno si svolge nell'ottobre dell'84, la pubblicazione degli 'Atti' è datata al luglio dell'86. Sono anni di una straordinaria fertilità. Già un anno prima, Carlo Castronovo — che è uno dei protagonisti dell'Incontro — prendendo lo spunto dalla pubblicazione problematica di un giurista di *common law* (9), scrive per 'Jus' un saggio incentrato su quello che, con termine grossolano ma efficace nella sua naturalistica gravidanza, viene qualificato come «l'appassimento dello Stato» (10). Sempre nell'85 si chiude (e se ne stampano i risultati) una ricerca di civilisti e lavoristi diretta da Cesare Grassetti su «la giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto», di cui — al di là del valore dei contributi e dei risultati raggiunti — preme

(8) MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, cit., p. 474.

(9) È il volume di Guido CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.), Harvard Univ. Press, 1982.

(10) *L'appassimento dello Stato moderno e un libro sull'obsolescenza delle leggi*, in *Jus*, XXX (1983), p. 218 ss.

qui di segnalare la scelta tematica ⁽¹¹⁾. Ancora nell'85 Francesco Galgano vara a Bologna una fortunata Rivista «Contratto e impresa» che intende essere, come è scritto a chiare note nel sottotitolo programmatico, «dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale», e cioè «strumento di analisi critica e ricostruttiva della produzione giurisprudenziale e di valutazione sistematica delle figure giuridiche di creazione extra legislativa», scegliendo come terreno di ricerca il diritto privato comune, cioè «l'area del diritto civile e commerciale caratterizzata dalla rarità dell'intervento legislativo innovatore ed entro la quale la giurisprudenza e la modellistica contrattuale svolgono un ruolo preponderante»; un esperimento che punta con sicurezza su forze extra-legislative dell'ordinamento identificandole come forze portanti e promoventi ⁽¹²⁾.

Nel primo numero dell'86 di 'Politica del diritto', Stefano Rodotà, giurista di rare intelligenza e sensibilità, — il quale già nel cauto 'editoriale' della nuova «Rivista critica del diritto privato» (marzo 1983) aveva concluso «che oggi non si sta giocando all'interno del sistema privatistico una partita metodologica analoga alle tante che hanno caratterizzato i decenni passati» — redige un saggio recante in modo emblematico nel titolo un riferimento preciso al «ceto dei giuristi» e alla sua consapevolezza e funzione 'politica', dove, facendo tesoro di varie acquisizioni comparatistiche, si constata una rinnovata centralità del giurista come «figura di 'scienziato totale'» e la si lega fortemente al sempre più diffuso fenomeno di *deregulation*, una *deregulation* — ha cura di avvertire Rodotà — che non allude «al bisogno di 'meno diritto', ma ad una diversa organizzazione del sistema delle fonti e ad una diversa finalizzazione delle regole», che «implica la sostituzione della fonte regolatrice privata a quella pubblica», con una politica del diritto che «non è più misurata sul legislatore» ⁽¹³⁾. Parlar di ceto dei giuristi nel 1986 non è né un'occasione né una innocua variazione verbale ma appartiene ai segni di questi anni di ripensamento, e si capisce la reazione immediata e la polemica con Rodotà che, sul numero successivo della stessa Rivista, scrive prontamente Giovanni Tarello ⁽¹⁴⁾; in apparenza la polemica è sull'uso sforzato e scorretto del termine 'ceto' applicato agli odierni giuristi, ma, più nel fondo, è ben altra la cosa che infastidiva al massimo grado l'illuminista Tarello, e cioè la corritività a uno spostamento di attenzione del civilista dalla legge verso il momento interpretativo e alla conseguente erosione — per ora almeno psicolo-

⁽¹¹⁾ *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto (con introduzione di Cesare Grassetti)*, Milano, Giuffrè, 1985.

⁽¹²⁾ Le frasi sopra-riportate si leggono nella copertina finale del primo fascicolo.

⁽¹³⁾ S. RODOTÀ, *Del ceto dei giuristi e di alcune sue politiche del diritto*, in *Politica del diritto*, XVII (1986) (le citazioni sono, rispettivamente, a pag. 8, 9, 11).

⁽¹⁴⁾ G. TARELLO, *Politiche del diritto e strategie dei giuristi. In margine alle considerazioni di Rodotà*, in *Politica del diritto*, XVII (1986), p. 250 ss.

gica — della tradizionale sistematica delle fonti con una disponibilità ad avviare sommovimenti anche profondi nella cosiddetta gerarchia collaudata. Infine, un ultimo dato: chi scrive è ancora fresco del ricordo dell'assai provinciale entusiasmo che suscitò in Italia, nell'85, la pubblicazione del libro di Laurent Cohen-Tanugi 'Le droit sans l'état', entusiasmo assai indebito se si constata la tenuità del libro ma estremamente espressivo di un diffuso stato d'animo di inquietudine e di attesa, e di volontà di rompere ⁽¹⁵⁾.

Sarebbe facile moltiplicare gli esempi, ma pleonastico. Nella nostra ricerca di segni la metà degli anni Ottanta, quindi appena ieri, mostra affioramenti di rara espressività, primo fra tutti quello offerto dal Convegno milanese. Gli interventi isolati si fanno martellio, si fanno scelte teoretiche, si fanno anche ripensamenti a spettro larghissimo che coinvolgono sentieri e territori prima interdetti. Il timore della 'diversità', e quindi della esecrazione e della emarginazione, lascia il posto a un atteggiamento psicologico che è carico di vitalità: si vuol rimediare i grandi problemi, quelli sulle fonti e sui rapporti tra fonti, che sono per loro natura problemi di fondazione e di struttura, rimediarli con libertà di approccio deponendo le prevenzioni che il carattere squisitamente 'costituzionale' vi aveva stabilmente concesso, rimediarli con gli occhi del proprio tempo e alla stregua delle esigenze del proprio tempo, di un presente disinibito e smalzato, non già con gli occhi del giurista napoleonico arrivati intatti fino a noi per un segreto — e non saprei quanto consapevole — accordo fra inerzia dei giuristi e astuzia del potere politico.

Per lo storico del diritto questo accavallarsi di pochi anni ha un significato oggettivamente notevole: per la prima volta, in un modo che non è episodico, che non è legato a una singola personalità ma a un tornante storico di quella realtà spazio-temporale che è l'ordinamento giuridico italiano, si attenua il morbo illuministico che ogni italico giurista ha portato e nutrito in sé come un verme solitario. Si interrompe finalmente quel filo che, correndo pressoché ininterrotto, ha legato saldamente a noi Muratori con i suoi elogi del principe-legislatore e della legge, con la sua geremiade «dei difetti della giurisprudenza». Il libriccino dell'abate modenese, scritto come ognuno sa nel 1742, è stato sempre una suppellettile ideale del giureconsulto continentale e, di fatto, ancora nel 1944, anno primo di un'età nuova per l'Italia, Piero Calamandrei lo riproponeva, insieme a Beccaria, come una sorta di breviario, ai suoi studenti fiorentini del Corso di diritto costituzionale ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat — Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, PUF, 1985.

⁽¹⁶⁾ Cfr. quanto ne abbiamo scritto in P. GROSSI, *Stile fiorentino — Gli studi giuridici nella Firenze italiana — 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 146 ss.

Su questo tornante a mezzo degli anni Ottanta lo storico ha qualcosa da dire: prende atto con soddisfazione — lui che legge i segni come un augure antico e li colloca nel divenire — che, se non finisce un plagio bisecolare, si comincia a sopportarlo sempre meno e, ancor più, a prenderne coscienza. Comincia a scricchiolare, se non l'età dell'assolutismo giuridico, almeno una servile assuefazione, e il giurista si munisce di un animo nuovo, sempre più diversificato da quello di chi è destinato e vocato soltanto a fornire apparecchi ortopedici per tutte — anche le più vergognose — claudicanze del potere.

Forse che lo storico del diritto si fa capopopolo del vessato cetto dei giuristi e capeggia la rivolta dei servi? Lo storico del diritto, che è giurista, sa perfettamente di dover fare i conti con uno *jus positum* che è ancora regola sanzionata, e che le rivoluzioni non competono a lui. L'essenziale è l'acquisizione di una coscienza insieme rinnovata e complessa rispetto a questo ordine positivo, coscienza innanzitutto della sua relatività. Lo storico ha infatti il dovere e il privilegio — lui che conosce il senso della linea — di significare che l'attuale non è l'unico modo, né tanto meno il migliore possibile, per risolvere la sistemazione delle fonti di diritto, e di contribuire a impedire quella condanna all'impotenza derivante per ogni operatore da una perniciosa assolutizzazione del presente e del passato-prossimo. È giunto il momento di storicizzare certi pretesi dogmi, i quali si sono inseriti nella coscienza giuridica dell'Europa continentale muniti di tanta virulenza e di tanta apodittica indiscutibilità, ammantati come una vittoria ultima e definitiva e pertanto ultimo e definitivo approdo di civiltà, che la nostra stessa coscienza né è, a distanza di duecento anni, ancora interamente plagiata. E il plagio culturale, sposandosi alla obbiettiva condizione che quei dogmi sono ancora oggi in larga misura (si pensi a quel benedetto art. 12 delle Preleggi) nerbo e struttura del diritto positivo statale, diventa — così inevitabilmente rafforzato — una sorta di fardello intoccabile malgrado la sua gravezza e la sua sempre più avvertita insostenibilità.

È bene ribadire due pensieri elementari, tanto elementari da rasentare l'ovvietà, ma troppo spesso rimossi o esorcizzati col silenzio: il primo, uno di quei pensieri proibiti, di quei pensieri quasi non pensati perché la nostra plagiata coscienza di giuristi non arriva a proporselo, è che lo Stato c.d. di diritto si coniuga esclusivamente, nell'Europa continentale, col più bieco e soffocante assolutismo giuridico; il secondo è che questo assolutismo giuridico è soltanto un frutto storico, temporalmente e spazialmente limitato, ignoto al diritto dell'antico regime prima della chiusura della cerniera codificatoria, ignoto all'area della genuina tradizione giuridica di *common law*. L'illuminismo giuridico, divenuto per suo naturale sviluppo — checché se ne possa pensare — un positivismo giuridico chiusissimo, cominciò a erigere altari e a confezionare liturgie per il principe-legislatore e per

la legge, maestosamente incarnata dal 1804 in poi nella forma del Codice; e cominciò il plagio sottile (che da Beccaria e Muratori sarebbe continuato a instillarsi goccia a goccia nel conscio e nel subconscio di una catena di generazioni) secondo cui la legge rappresentava l'atteggiarsi autenticamente moderno del diritto, forma necessaria e garanzia suprema in una società evoluta, dove il principio di stretta legalità, cementato con i principii immortali della divisione dei poteri e della rigorosa gerarchia tra le fonti, assumeva un insuperabile valore 'costituzionale'.

Con riguardo all'ampio pluralismo giuridico preesistente la codificazione rappresentò un esproprio: il diritto privato da diritto dei privati si cambiò radicalmente nel diritto pubblico avente ad oggetto i rapporti fra privati. Il giuridico, dimensione abbastanza indifferente agli occhi di quel potere politico incompiuto che fu proprio dell'età medievale e post-medievale, percepito ora dal lucidissimo potere borghese come prezioso e insostituibile *instrumentum regni*, viene monopolizzato. Assolutismo giuridico, monopolio del principe ed espropriazione della produzione giuridica dalle mani dei giuristi, plagio culturale sul valore supremo rappresentato da queste scelte, si sorreggono reciprocamente e informano l'ufficialità imperante. Nello sfondo, un sacrario di deità intoccabili: Montesquieu, Muratori, Beccaria, e chi più ne ha, ne metta. Con il risultato più incredibile e grottesco: il giurista ufficiale, in forza della sua plagiata coscienza, sembra non rendersi conto dell'esproprio subito e vive soddisfatto, pago di quella briciola che il legislatore gli concede: l'esegesi; che è però soltanto l'elemosina a un povero nullatenente.

Si dirà da taluno: lo storico del diritto, anche quando fa la storia del diritto moderno, non riesce a cancellare dal suo desco professionale l'immagine incumbente di quel grande *Juristenrecht* che fu lo *jus commune* dell'unità giuridica europa del medioevo, quando il diritto era soprattutto *interpretatio*, e questa era soprattutto atto supremo di volontà e non puramente logico perché intermediazione fra la regola autoritaria troppo vecchia (il *Corpus giustiniano*) e gli incandescenti fatti sociali ed economici contemporanei al giurista. Si badi: qui nessuno vuole incorrere nel peccato di donchisciottismo (che per un uomo di cultura sarebbe certamente peccato non veniale), né invocare modelli estranei né proporre inversioni di rotta. Sarebbe, se non altro, maledettamente antistorico proprio dopo due secoli di plagio perpetrato e di ufficialità giuridica trionfante. Quel che importa è invece la verifica di un sentimento diffuso di insoddisfazione, la palingenesi di una autocoscienza del giurista, la problematizzazione del finora indiscusso perché finora indiscutibile, con il conseguente spostamento di attenzione dal momento autoritario-impositivo a quel momento che non vorrei chiamare applicativo ma interpretativo. Insomma, l'importante è il mutato atteggiamento psicologico, la nuova carica psicologica

con cui il 'ceto dei giuristi' — uso volentieri e di proposito il riferimento un pò forzoso di Rodotà — intende discutere schemi e sistemazioni gabellati fino ad oggi come 'costituzionali' o tutt'al meno tradotti in norme positive. Tutto ciò mi sembra particolarmente importante per il privatista, che è vissuto beato fino a ieri sotto l'ombrello protettivo del codice.

L'epicedio dell'assolutismo giuridico è dunque soprattutto l'epicedio di quella passività psicologica del giurista che ha funto per due secoli, con la sua accettazione prona, da prezioso conservatore di quell'assolutismo addirittura offerto dalla comunità degli espropriati. Non si tratta di tentare impossibili scelte giusliberistiche o riproporre dopo ottanta anni il manifesto di Gnaeus Flavius; si tratta invece di riacquisire, come primo passo per le costruzioni del domani, la percezione di un sistema delle fonti più complesso, meno semplicistico di quello che la mitologia giuridica di ieri ha fatto discendere dal cielo, ottimo ed eterno, da parte di una classe egemone interessata a non pluralizzare la produzione del diritto e le sue leve; si tratta di riacquisire il rilievo della interpretazione per la vita del diritto. Oggi un simile arricchimento si impone, quando, accanto al suo innato vizio-virtù dell'astrattezza, la legge troppo spesso violentata nella sua immagine illuministica da un legislatore impotente e ben carico di miserie, sottoposta a una tal proliferazione da rendere l'ordinamento attuale non meno incerto di quello post-medievale fondato sulle mille *opiniones* dei dottori, è diventata il simbolo del distacco fra regolatore e regola, da un lato, ed esperienza, dall'altro. In una società così intensa come la attuale, lo strumento regolatore non può non essere dotato di astrattezza e di generalità; il volto dell'ordinamento non può non essere legislativo, e sta a dimostrarlo la stessa evoluzione-involuzione che il *common law* ha sempre più subito dal 1945 ad oggi. Ciò è indiscutibile; discutibile, invece, è il parossismo legalistico che si è vissuto fino a ieri, l'esclusione di ogni cerniera attiva fra legge (dotata di sempre minore capacità rappresentativa dei fermenti sociali) e vita dell'ordinamento (che scorre anche se noi, con una assurda finzione, la possiamo pensare tutta racchiusa e arrestata nel *dies legis* e nella *mens legis*).

Gli 'Atti' del Convegno milanese sono un segno di particolare intensità perché — senza mezzi termini — mettono impietosamente il dito al centro della piaga. Se v'è stata una sordità funesta del formalismo legalista che vediamo vegeto fino alle nostre spalle, questa ha riguardato la storicità dell'ordinamento, la naturale ricchezza d'una realtà esperienziale dilapidata perché la suprema finzione costituzionale, di cui or ora si è detto, condannava e immiseriva la giuridicità nell'angustia della legge. Il merito maggiore di questi 'Atti' e del ripensamento che essi esprimono sta nel recupero di quella storicità, sta nello spostamento dell'interesse a quel dopo-legge che è la vita della

legge nella relatività del tempo. La legge è pensata più come schema ordinante che come volizione autorevole, e ogni schema ordinante rimanda necessariamente a quel groviglio di strutture che è chiamato a ordinare, cioè a organizzare con assetti congeniali e non con strumenti insensibili e conculcanti. E il rispetto verso la legge si sposa al rispetto verso l'interprete, che non è più considerato come il personaggio imbavagliato della tradizione continentale.

Non si invochi subito mentalmente, formulando i dovuti scongiuri, lo spettro della interpretazione evolutiva, che si sarebbe creduto allignare soltanto nei giardini innocui e fantasiosi coltivati dai giusliberisti; sulla interpretazione evolutiva, formulazione tanto rozza quanto equivoca, confesso io per primo di aver sempre consentito con le vecchie e sensate critiche di Santi Romano. Si tratta invece di sottolineare l'elementare verità che l'interprete non può non guardare il testo normativo che con i suoi occhi e che non lo si può costringere alla situazione innaturale di guardarvi con gli occhi lontani ed alieni del legislatore, tanto più che quei suoi occhi rispecchiano fedelmente e senza costrizioni la realtà circostante che la norma è chiamata a ordinare ⁽¹⁷⁾.

È ora di deporre una diffidenza che si è insinuata nelle pieghe più profonde del nostro animo e che con naturalezza abbiamo inserito nel nostro irrinunciabile decalogo professionale. L'assolutismo giuridico di ieri è stato così persuasivo da far scambiare ai giuristi il segno della servitù con la natura stessa delle cose. Per un verso, l'elefantiasi del fenomeno legislativo, per un altro, la sua incapacità ordinante, per un altro ancora, l'impotenza e l'assenza del legislatore su temi vitali e improcrastinabili malgrado la sua generale prodigalità, tutti elementi non smentibili della nostra vita giuridica, che continuamente si arricchisce nella piena della prassi quotidiana di istituti e figure nuovi, chiedono invece un nuovo ruolo dell'interprete e il suo coinvolgimento a un livello costruttivo. Non ci si impaurisca troppo: è stato questo il nascosto filo di Arianna che, in ben altri tempi e di ben maggiore chiusura, è riuscito a tessere e tendere una catena di giuristi insofferenti della condanna al silenzio e consapevoli della propria capacità costruttiva, un filo non vistoso ma continuo che corre ininterrotto da Gabba a Enrico Cimbali a Vivante a Pacchioni a Max

⁽¹⁷⁾ È puntuale questa frase di CASTRONOVO, *Legittimazione, discorso giuridico, diritto privato*, cit., pag. 435: «il paradosso del giudice che deve decidere solo in base alla legge, la quale a sua volta assume senso come regola dei rapporti soltanto attraverso l'interpretazione, e quindi oltre la legge, impone l'uscita dal livello puramente normativo, il quale legittima bensì l'interprete ma nei termini di una ricognizione-riproduzione di per sé insufficiente ai fini dell'applicazione, per ritrovare in altro il fondamento del potere dell'interprete. Perché tale potere, in quanto autorizzato dall'ordinamento, si dà nella realtà; ma in quanto si dà, inevitabilmente supera i limiti normativamente fissati».

Ascoli a Filippo Vassalli; e sono i primi nomi che affiorano alla memoria ⁽¹⁸⁾. Il primo passo è un atto di liberazione psicologica, ed è il passo più faticoso e più difficile: dopo la lettura degli 'Atti' del Convegno promosso e coordinato da Berti mi sembra proprio che sia stato compiuto.

3. — Recentemente — in un momento quasi coevo a quella metà degli anni Ottanta di cui abbiamo discorso — si è però anche parlato di esegesi; anzi, si è formulata da parte del mio vecchio amico Natalino Irti «la proposta della neo-esegesi» ⁽¹⁹⁾. La constatazione, elementarissima, assolutamente non smentibile e pienamente condividibile da cui muove Irti è che il Codice civile non solo non esaurisce più l'universo civilistico ma che non costituisce più nemmeno l'asse portante di quell'universo ormai spostato su una legislazione speciale proliferata ricchissima e invadente negli ultimi decenni. Smentibile e non condividibile è invece la ottimistica valutazione di questa legislazione come una costellazione di micro-sistemi legislativi, i quali — proprio per la loro vastità — hanno bisogno di attenzione filologica da parte del giurista, di un'opera prevalente di chiarificazione e di spiegazione. Lasciamo ad Irti la parola: «il ritorno all'esegesi... non deriva né da una scelta di scuola, né dal gusto di singoli studiosi: è una necessità storica, imposta dalle leggi speciali, dal dovere di intendere nuclei di norme estranee al codice civile. Non si tratta di scegliere tra esegesi e non esegesi, ma tra capire e non capire l'immensa folla delle leggi decodificanti; e capire non si può se non con l'umile e libero 'commentare'» ⁽²⁰⁾; «la neo-esegesi... significa... coscienza che l'unità del diritto... si svolge nella pluralità dei micro-sistemi. Il codice civile non è il sistema del diritto civile, ma uno dei sistemi... La neo-esegesi non contesta la legittimità del metodo sistematico, ma ne stimola il ritorno al *terreno filologico*: il giurista non può più affacciarsi dalle finestre dell'augusto palazzo del codice civile e sguardare sul marciapiede di sotto l'affannoso tramestio delle leggi speciali. Egli deve ricostruire il sistema o la pluralità dei sistemi, muovendo dalla

⁽¹⁸⁾ Per il dibattito a fine ottocento, cfr. P. GROSSI, 'La scienza del diritto privato' — *Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo — 1893/1896*, Milano, Giuffrè, 1988. Tra i vari interventi di Giuseppe PACCHIONI si veda soprattutto *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto commerciale*, XI (1912), I; per Max ASCOLI il riferimento è al noto saggio su *La interpretazione delle leggi*, Roma, Athenaeum, 1928; per Filippo VASSALLI sono eloquenti alcune testimonianze conclusive: la Relazione al Congresso internazionale di diritto privato del 1950 dedicata proprio a *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi* e dove si può leggere l'invito a «richiamare il diritto ai giuristi», e il saggio su *Estrastatalità del diritto civile* (1951), ora in F. V., *Studi giuridici*, Vol. III, t. II, Milano, Giuffrè, 1960.

⁽¹⁹⁾ *La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)*, in *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982, p. III (ristampata anche in *Giustizia civile*, XXXI (1982).

⁽²⁰⁾ IRTI, *La proposta della neo-esegesi*, cit., p. VIII.

lectura legis» (21); il giurista infatti «interpretando e sistemando il linguaggio delle leggi ne esprime e dilata l'intrinseca razionalità» (22).

Qui è un percorrere a ritroso la strada che ci è sembrato coraggiosamente segnata dal Congresso milanese, qui è un indietro-giamento precipitoso rispetto agli avamposti conquistati con tanta fatica, qui è il continuare imperterrito dell'assolutismo giuridico di marca napoleonica e — quel che allo storico sembra peggio — il continuare del plagio culturale. Il giurista è chiamato ad un lavoro 'umile' ed è continuamente richiamato alla virtù della 'umiltà', virtù moralmente assai rispettabile ma socialmente di rilievo scarsissimo; perché non si abbia soverchie illusioni, Irti stesso, che parla di «umile e libera lettura», precisa, quasi a esplicitare la sottolineatura di *lettura* che è anche tipograficamente segnata: «libera, poiché il giurista non deve recarvi il peso di risultati acquisiti, né infiacchirne la dirompente singolarità», dove è proprio l'attività del giurista ad emergere vincolata (23); il giurista ritorna nel suo cantuccio d'ombra lasciando che sia intieramente affare altrui la costruzione del giuridico. In altre parole, si smentisce l'affrancamento psicologico che ci era parso di poter salutare con favore in questi ultimi segni, si riconferma una vecchia psicologia e si torna a puntare, più che sulla *interpretatio*, sull'esegesi.

Un simile discorso mi sconcerta e mi sembra, in tutta franchezza, esiliato fuori dal tempo reale; ha tutta l'apparenza di un tardivo rigurgito illuministico. Il discorso di Irti è infatti completamente dominato da una illuministica fiducia nella legge e nel legislatore, nel cui grembo depono volentieri ogni ufficio costruttivo e a cui viene concesso un illimitato credito.

Ma una domanda si impone: è un credito ben riposto, o è piuttosto affatto usurpato e privo del supporto di ogni affidamento? A nostro avviso, la contemplazione di quella coriandolata carnevalesca che è in Italia la legislazione speciale — troppo spesso così lontana da quei caratteri che i nostri grandi illuministi settecenteschi avevano disegnato con purezza — dischiude una realtà miserevole e desolante. D'accordo che su di essa si è spostato l'asse normativo dell'ordinamento e d'accordo che il giurista non ha da far lo schizzinoso e deve rimboccarsi le maniche, ma non operando della filologia, quanto della supplezza. La filologia presuppone un testo — se non sacro — almeno rispettabile, mentre è diffusa coscienza che ben spesso questi testi legislativi non hanno nulla al di là di quella rispettabilità formale che loro consegue dal fatto d'esser legge dello Stato. Riguardo ad essi che, presi ciascuno partitamente ma ancor più nel loro insieme, sono l'opposto di un ordinamento razionale della realtà sociale, il ceto dei

(21) Loc. ult. cit.

(22) IRTI, *La proposta della neo-esegesi*, cit., p. XI.

(23) IRTI, *La proposta della neo-esegesi*, cit., p. VIII.

giuristi ha una chiamata precisa: certo anche e *in primis* a spiegare, ma soprattutto a svolgere una funzione costruttiva di fronte alle distorsioni poste in essere e ai vuoti lasciati sordamente incolmati malgrado le richieste della esperienza; e ciò proprio in forza di quella tecnica provvedutezza di cui il legislatore è spesso sprovvisto e di cui esso è invece il depositario; una funzione — come abbiám detto un rigo sopra — di supplenza, dal momento che le impotenze, le miserie, le manchevolezze del legislatore sono troppe perché si possa solo contemplarle passivamente.

Il giurista non muta mestiere, resta il depositario di un sapere distillato da duemila anni di storia e di un armamentario tecnico raffinatissimo; non esce dal suo laboratorio munito di tanti arnesi collaudati e trova solo in questi le sue armi efficaci. Ma userà della sua tecnica con una psicologia attiva — interpretativa, non soltanto esegetica — occupando uno spazio che è vuoto e che egli ha il dovere di colmare. Il giurista non è un letterato; non può contentarsi della filologia a causa del suo sapere incarnato nel sociale. Egli è senza dubbio un tecnico, ma non potrà limitarsi a esercitare il suo sapere su un *testo*, all'interno di *quel* testo come un universo senza finestre; egli dovrà anche aver coscienza che quel testo incarna uno schema ordinativo della realtà e dovrà preoccuparsi di collocare quel testo nella vita del diritto, lui che è il mediatore fra quel testo rigido e, come testo definito, sempre più avulso dalla continuità del divenire sociale, e il divenire stesso cui il testo è destinato e vocato.

Continuare oggi a parlar di esegesi o, il che non muta nulla, di neo-esegesi ci sembra riduttivo e antistorico, e non tanto perché contraddice alle pretese dei giuristi quanto perché in tal modo si nega ai giuristi quella maggior presenza nell'ordinamento che sembra essere oggi non pretesa di un ceto ma conclamazione dei fatti. È inoltre antistorico perché non si può prendere atto con olimpica indifferenza che l'asse portante si è spostato dal Codice alle leggi speciali senza preoccuparsi di vedere i piani differenti su cui si collocava il primo e su cui si collocano ora le seconde, la diversità della genesi e della struttura che rende le leggi speciali fonti profondamente diverse ma anzitutto segnate da una qualità incommensurabilmente più bassa. Non tener conto di ciò e arrestarsi a questo loro essere sempre e comunque legge significa perpetuare un culto formale della legge, che aveva un senso sulla bocca di Muratori ma che non l'ha più su quella dell'odierno giureconsulto.

Guardiamo infatti un pò più da vicino le cose di cui si parla per rendersi conto delle loro reali proporzioni. Grosso è il servizio dell'esegesi, ma è e resta servizio, ossia quell'umile e severo e irrobustente esercizio da operaio che ogni architetto di grandi edifici dovrebbe per conto suo compiere ma che resta sua provvedutezza interiore assolutamente priva della possibilità di incarnare di per sé un

valore autonomo storicamente efficace. Perché la storia non la fanno i geometri, ma gli architetti, i costruttori; e l'esegeta che, in quanto tale, è dominato dal testo nelle sue atomistiche manifestazioni, è logicamente l'opposto del costruttore. Ed è ben che sia così: se l'esegeta *contra naturam suam e contra animum suum* si accingesse a costruire, vedremmo, ohimé, troppo frequente nella nostra scienza giuridica il non confortante spettacolo di quei paesi di provincia lardellati e scempiati dalle case sprovvedutamente edificate dai geometri.

L'esegesi è momento necessario per fondare il discorso e il sistema giuridici. Su questo non può non esservi accordo, ma è affermazione tanto banale da sembrare ovvia. È chiaro che l'esegesi come approccio alle qualità materiali della singola tessera del grande mosaico sia un primo momento imprescindibile o almeno di indubbia utilità, ma non può non esser chiaro che si tratta pur sempre di operazione liminale affatto sprovvista di autonomia; è soltanto avvio alla comprensione di una macro-realtà operando la comprensione di tante micro-realtà; è soltanto avvio, perché sarebbe folle identificare la comprensione della macro-realtà come somma di tutte le tessere identificate e comprese. La comprensione della macro-realtà solo in un'ottica falsante può essere ridotta a scienza del linguaggio specifico, a conoscenza di strumenti tecnici, a operazione di pura logica. Essa è invece pienamente raggiunta quando, dopo la mediazione della esegesi e dei suoi strumenti (linguaggio, tecniche, logica), elevandosi profondamente di piano, il sapere è dominato da quelle intuizioni profonde che, sole, sono in grado di catturare e immobilizzare la totalità come sintesi armonica. L'esegesi assomiglia insomma a quei monocoli che non riescono a fornire la visione dell'oggetto in tutto il suo spessore e la sua complessità.

L'esegesi è un'operazione rispettabilissima; dirò di più: necessariissima, ma non sarà mai in grado di percepire il progetto sintetico dell'edificio. Questo progetto postula costruzione, non servile e strumentale accumulo di dati. Né si dica che il giurista questo deve essere, altro non può essere. Soltanto il plagio bisecolare può farci pensare a lui come a un personaggio imbavagliato. Potrei essere facilmente d'accordo con Irti quando scrive che «non un potere, ma un dovere della tecnica incombe al giurista» ma è un accordo che giunge fin qui e qui si arresta. La sua tecnica, «se si restringe nell'orizzonte della legge, svolgendo e chiarendo l'umana razionalità fissata nelle norme» ⁽²⁴⁾ come vorrebbe Irti, non è messa in grado di svolgere pienamente il potere-dovere di interprete, cioè di garante non solo di un testo, ma della vita di quel testo come schema ordinativo della società. Riproporre oggi il giurista come semplice esegeta — come mi sembra figurare nella proposta di Irti — non significa tanto riproporre

(24) IRTI, *La proposta della neo-esegesi*, p. XI.

la immagine polverosa di un dagherrotipo, quanto quella di un personaggio non alla stregua coi tempi.

Ma il discorso da ribadire e il *punctum dolens* da sottolineare a chi modella il giurista come un ripetitore senza voce propria, ripetitore di voci altrui, è lo stato di queste voci. Le frasi di Irti sulla razionalità della legge potrebbero convenire a uno di quei *pamphlets* settecenteschi strabocchevoli di felicità, di uguaglianza e di mille altre delizie, non a un testo del 1982 che presuppone la desolante situazione legislativa italiana. Non dimentichiamoci — ma anzi ripetiamolo a noi stessi e anche a quell'inguaribile illuminista che ci appare l'amico Irti — che esegesi è, sempre e comunque, una attività non autonoma dell'esegeta, giacché esegesi — commento, spiegazione — ha, per aver senso, necessità di un oggetto da spiegare, commentare; spiegare, commentare non esprime infatti un assoluto ma un relativo; è sempre relativo e tributario a qualcosa. Conseguentemente, l'esegesi è legata troppo alla dignità, autorevolezza, forza culturale di quell'oggetto. Che, quando si identifica in un *Code Civil* (che perfino i letterati francesi amavano) o in un Codice civile come il vigente italiano (che può superare indenne crisi istituzionali e di regime in grazia dell'operato rispettabile di Vittorio Scialoja e Filippo Vassalli, Polacco e Fadda, Bonfante e Alfredo Ascoli) è ancora un'attività premiante: v'è un sistema, una struttura pensata, un approccio organico con la realtà socio-economica di tali complessità e finezza da creare uno spazio di sussistenza per l'esegeta. Ma, quando, come oggi avviene, si assiste a una devitalizzazione del Codice in favore d'una moltitudine di leggi speciali; quando tutto ciò è affidato non ad una programmazione del principe interprete del bene comunitario, ma al gioco imprevedibile di una partitocrazia instabile affidata alle occasioni di maggioranze parlamentari che si formano e si disfanno come i banchi di nebbia, e perciò senza una linea programmatica, sparsamente, all'insegna dell'effimero; quando tutto ciò è l'opera di un legislatore che ha a che vedere con Portalis, con Zeiller, con Huber, con Windscheid, i grandi mentori dei grandi codici moderni, come un impotente ha qualcosa in comune con Don Giovanni, un legislatore quasi sempre impreparato e incompetente, troppo spesso forzato da interessi particolari e immiserente pertanto la legge al rango di espediente demagogico, allora, il declino della unità codicistica in favore di una legislazione particolare e sparsa espresso e ridotto nel passaggio dall'unità del grande sistema al pluralismo di tanti micro-sistemi ci sembra più una pittura oleografica che l'evocazione d'una realtà effettiva. Certamente, l'esegesi è per il giurista una scelta tranquilla, corrispondente a passate collocazioni, né lo tocca il tumulto chiasmato che sempre avviene nel territorio del politico e del sociale. Certamente, rivendicare per lui un ruolo attivo può essere scelta scomoda e difficile. Scomoda perché lo pone al centro di molte forze; difficile, perché apre un problema di cui io per primo

non mi nascondo la estrema gravità: va definito il suo ruolo e va ripreso in esame il suo statuto epistemologico. Ho però l'impressione che i nostri tempi e soprattutto quelli a venire esigano un simile impegno quando, spostandosi e incentrandosi l'attenzione sul momento interpretativo, al giurista viene chiesto qualcosa di più.

Il Congresso milanese di Giorgio Berti è soltanto la pubblica presa d'atto che il problema esiste; lo constata e lo dichiara, togliendolo dalle ambiguità e dagli equivoci, dalle ritrosie e dai silenzi, sotto cui viveva latente. Mi sembra che non sia una enfattizzazione apologetica se si dice che con questo Congresso è stata inaugurata la strada — che si profila peraltro assai lunga, bisognosa di molte opere e di molti giorni — per una definizione più appagante del giurista degli anni Ottanta.

PAOLO GROSSI

STORIA DI ESPERIENZE GIURIDICHE
E TRADIZIONE ROMANISTICA

(a proposito della rinnovata e definitiva «Introduzione allo studio del diritto romano» di Riccardo Orestano) (*)

I. Era un frutto atteso da tempo. Nel '53 la prima edizione litografata fra i 'corsi' dell'editore Giappichelli, sotto il titolo di «Introduzione allo studio storico del diritto romano». Poi, nel '63, una seconda edizione litografata, avviata col cuore leggero di chi vuole apportare soltanto rapidi aggiornamenti e che invece impegna l'Autore, dal '57 al '61, in quattro anni di ripensamenti e di travaglio intellettuale; e il risultato è una novazione profonda, un volto trasformato pur sotto la medesima insegna e con la medesima veste provvisoria e dimessa. Nel 1987 (la prefazione è datata: 12 marzo 1987), infine, la redazione a stampa per i tipi della Società Editrice Il Mulino.

Chi, come me, ha avuto la fortuna di una vicinanza — e non soltanto ideale — con Orestano durante questi ultimi venti anni sa che l'operosità scientifica del Maestro, pur diffusa in tanti puntuali interventi, ha avuto nel rifacimento e nella stesura definitiva della 'Introduzione' il sotterraneo filo conduttore: varie e diverse sono state le manifestazioni della sua riflessione scientifica sparsamente incarnantisi in atti congressuali, opere enciclopediche, Riviste, ma le legava e le nutriva la stessa nascosta e continua vena d'acqua, la stessa ricerca faticosissima che con puntigliosa fermezza mirava all'approdo di oggi, alla edizione a stampa della 'Introduzione'.

Se pensiamo a quelli che devono essere stati i lunghi anni di progettazione e di costruzione prima del 1953, se vi aggiungiamo gli ultimi trentacinque anni di rielaborazione su un testo inteso dall'Autore come plastico e disponibile, non è esagerato cogliere in questo libro lo specchio di una intera umana vicenda. E il rispetto doveroso verso ogni scritto come immagine parziale d'un personaggio diventa

(*) Il testo riproduce l'intervento orale tenuto a Genova, nell'Aula Magna dell'Università, il 27 gennaio 1988, nell'ambito dell'Incontro organizzato dalla Facoltà giuridica genovese in occasione della edizione a stampa della 'Introduzione'.

particolarmente intenso quando l'identificazione fra scritto e personaggio è, come qui, totale, quando quello scritto assurge a qualcosa di più di un distaccato prodotto della intelligenza e della cultura dello scrittore. Insisto su questo angolo d'osservazione, perché consente, a mio avviso, di cogliere il segreto e il fascino del libro, e, se vogliamo, anche la sua obbiettiva confinazione.

Cominciamo pure da qui: dal suo 'segreto'. E cominciamo pure col dire che un libro banale non ne è mai portatore; che il segreto d'un libro è il suo messaggio, inespresso ma reale; è quella scrittura a inchiostro simpatico, che non si legge, che soltanto si percepisce da parte del lettore attento ma che instaura un fitto colloquio spirituale fra lui e lo scrivente. Il segreto di un libro è di avere un'anima quasi fosse creatura vivente; ed è bene aggiungere, se qualcuno credesse il contrario, che è privilegio di pochi, di pochissimi libri, soprattutto nel territorio steppico delle nostre scienze giuridiche, soprattutto oggi che si scrive troppo imbrattando pagine che sono, appunto, quasi sempre senz'anima. Il contrario vale per la 'Introduzione' di Orestano, che vuole non distaccarsi dal suo autore ma anzi identificarsi con la sua stessa linea di ricerca.

Si dirà: ma questa è un'opera squisitamente didattica, tanto che lo stesso Orestano teneva ad informarci già nella lontana prima prefazione del '53 di aver pensato allo studente come suo interlocutore financo nella distinzione dei caratteri e dei corpi litografici entro il complesso della pagina. Che l'opera abbia una finalità eminentemente educativa e che sia pensata quale sussidio per la formazione di un giovane giurista è conclusione non smentibile, che consegue a una lettura anche affrettata. Smentibile è che si tratti d'un'opera confinata nel limbo dei fragili esperimenti esclusivamente didattici. Perché, se v'è cosa che ripugna ad Orestano, è il soffocamento del suo libro in quelle anguste caselle escogitate dalla miopia o dalla impotenza di taluni pseudo-ricercatori. Opera metodologica? Didattica? Di pura ricerca? Certamente, e l'una, e l'altra, e l'altra ancora, senza alcuna possibilità sensata di separare dimensioni d'una stessa indivisibile realtà; certamente una ricerca che si fa didattica, che si verifica e si incarna in essa; ma anche una didattica che è ancora ricerca, che ha ancora in sé la forza e la penetrazione del ricercatore scientifico; certamente anche un metodo, ma non un vaniloquio metodologico, non una predica sul metodo, bensì la sperimentazione d'un canone metodico.

L' 'Introduzione' è e vuole essere sintesi armoniosa fra progetto e costruzione, è soprattutto speculare di quell'unità inscindibile, quel tutt'uno, che è il Maestro provveduto sulla sua cattedra universitaria: ricercatore, educatore, portatore d'una identità metodica precisata come un suo cromosomo. E il pregio primo e grande di questo libro è che ti pone a contatto con l'Autore non quale entità astratta ma quale

personaggio vivo, è che di questo personaggio vivo si presenta come una sorta di singolare ritratto intellettuale sorpreso nel divenire del suo itinerario scientifico.

Insomma, simbiosi perfetta e coerenza suprema fra scrittore e scrittura. Orestano, siciliano per schiatta e per nascita, allievo del sicilianissimo Riccobono, non può rinunciare a quella visione sanguigna della riflessione scientifica che è squisitamente mediterranea, alla sottile ripugnanza per la pagina che è deposito finissimo di parole e di legami logici ma che non si inserisce nella vita dello scrittore fino a diventare un momento della sua biografia.

Da questa attitudine, che è poi un inconfondibile stato d'animo, derivano, come sopra accennavo, anche delle confinazioni precise: è una pagina eloquente per il suo valore confessorio, ma talora strabocchevole, indulgente a venature personalistiche, incapace di arginare le intrusioni intimistiche (Orestano ha bisogno di parlar di sé, dei fatti della sua vita, dei suoi amici), dove i due tempi, quello della ricerca e quello del ricercatore — tempi che possono scorrere su piani diversi —, vengono di forza mescolati, e nel tempo del ricercatore trova spazio e legittimazione il tempo perduto, quello del diario ⁽¹⁾, che viene puntigliosamente ritrovato come supporto necessario a tutti i tempi di diverso livello (diverso, ma, nella coscienza di Orestano, non superiore per qualità). ⁽²⁾ Il pregio invece — e il fascino, e uno dei 'segreti' — sta nella sincerità della confessione, nella coerenza che fa combaciare perfettamente la figura specchiante e la specchiata.

A fronte di questa calda 'Introduzione' mediterranea mi son sempre venuti alla mente *per oppositionem* certi corsi subalpini, che del distacco e della decantazione fra pagina e scrittore facevano una sorta di vanto e di conquistato traguardo; che mostravano però mal camuffata dallo schermo ineccepibile del distacco una insidiosa schizofrenia fra l'autore e il suo prodotto. Penso, in questo momento, al 'corso' su «Le fonti» nell'età romano-barbarica pubblicato, in quel 1953 che fu lo stesso anno di apparizione della 'Introduzione', da

⁽¹⁾ È quello che Orestano, evitando ogni elusione e anzi aggredendo frontalmente il problema, chiama scherzosamente il 'giornale di bordo' nella lunga presentazione *Erudito ac benevolo lectori* premissa al volume collettaneo 'Diritto' — *Incontri e scontri* (Bologna, Il Mulino, 1981, p. 31). Nello stesso punto confessa senza complessi Orestano, confermando la linea interpretativa da me suggerita nel testo: «in questo volume... io mi sono 'raccontato' molto, taluno dirà troppo» (ibidem).

⁽²⁾ Si potrebbe addurre molti esempi, e tutti probanti. Il più probante mi sembra quello offerto dal breve saggio rievocativo: *L'«animus» di Salvatore Riccobono*, che pure è il discorso di apertura della XXXIII Sessione della 'Société Internationale des Droits de l'Antiquité' (vedilo ora in 'Diritto' — *Incontri e scontri*, cit., p. 713 ss.). Un pezzo esemplare di *recherche du temps perdu*, dove alle inflessioni della voce di Riccobono, al suo bastone, ai suoi gesti, alla mobilia e alle lampade della stanza in cui si svolgeva la lezione di quel remoto 1933 è affidato un grosso valore interpretativo. Quasi come la *madeleine* che si scioglie nella bocca di Proust fanciullo.

Guido Astuti, uno dei più notevoli storici italiani del diritto nel nostro secolo (?). Fra quelli della Sua generazione (nati cioè nei primi anni del Novecento) Astuti fu sicuramente il più dotato di un immediato e sicuro senso giuridico, e per questo fu prevalentemente e per vocazione un privatista, anche un romanista, anche un cultore del diritto agrario vigente, anche un operatore pratico del diritto, sentendosi a proprio agio nella ricostruzione tecnica degli istituti civilistici. Se il suo splendido 'corso' su «I contratti obbligatori» (4) esalta la coerenza fra personaggio, ricercatore e didatta, non altrettanto si può dire del 'corso' sulle fonti ricordato appena più sopra. Un 'corso' forse più adatto a offrire al collega già provetto una miniera di dati filologicamente vagliati e scrupolosamente ordinati che non un sussidio al povero studente dei primi anni d'una Facoltà giuridica, un 'corso' seppellito dal mantello pesante d'una erudizione impietosa verso il lettore, un 'corso' — per di più — voluto e pensato, almeno nel proposito, come una collezione di dati oggettivi senza nessun inquinamento col personaggio dello scrivente.

Il greve positivismo scientifico appreso dal magistero torinese di Federico Patetta aveva trovato una pronta rispondenza nel subalpino Astuti ma si era, per così dire, biforcuto: se, da un lato, lo aveva chiamato allo studio delle tecniche giuridiche (calate, di preferenza, negli strumenti della prassi di giudici e notai, strumenti dalla concretezza spessa e saporosa), dall'altro, lo aveva portato al gusto filologico del formalmente certo, anche a costo di cogliere la 'fonte' come crisalide esterna abbastanza separata dalla sostanza sociale da essa regolata e quindi anche dalla sua valenza tecnica. La schizofrenia stava in questo: che, pur muovendo da una impostazione metodologica unitaria, Astuti arrivava a due scritture profondamente diverse e in conflitto, arrivava a una scrittura nella quale giungeva ad essere soffocata la a lui prediletta dimensione giuridica (ne «Le fonti»), e il destinatario dei dati storico-filologici, malgrado gli intendimenti espressi nella 'avvertenza' (5), poteva indifferentemente essere lo studente di una Facoltà giuridica o di un corso di storia nell'ambito della Facoltà di Lettere.

Orestano evita lo sdoppiamento di Astuti identificando scrittore e scrittura, affidando al libro il compito di trasmettere la propria immagine: che è un rischio e che è un costo, ma che è anche la garanzia d'una limpida coerenza, d'una vivacità che ne sorregge tutto l'impianto. E ne fa il fascino discreto, uno dei segreti del suo indubbia-

(?) G. ASTUTI, *Lezioni di storia del diritto italiano — Le fonti — Età romano-barbarica*, Padova, Cedam, 1953.

(4) G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano — Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1952.

(5) Nella 'avvertenza' si fa riferimento infatti «agli studenti dei primi anni di giurisprudenza»

mente grosso successo. Il lettore preferisce infatti le voci dal timbro suadente a quelle impassibilmente atoniche.

II. Ma il segreto del successo sta anche altrove: soprattutto nel modo che ha Orestano di concepire il suo destinatario e di instaurare un colloquio con lui. Dice Astuti nella già ricordata 'avvertenza' al corso sulle fonti: «ogni personale esperienza — dopo venti anni di insegnamento — mi ha persuaso che il primo e migliore modo di formare consiste semplicemente nello informare con chiarezza e precisione» (6). Una frase, che ho sempre trangugiato male, che ho sempre ritenuto rinunciataria e nicodemista per quello implicito vanificare la funzione peculiarissima del docente universitario in rapporto a quella, rispettabile ma diversa, del docente liceale, che è appunto di chiara e corretta informazione.

Orestano sceglie di collocarsi su un versante opposto. Il suo destinatario non è un generico e passivo studente di giurisprudenza o di lettere da imbonire e imbottire di notizie; è piuttosto un giurista alla cui formazione l'autore pretende senza troppi complimenti di contribuire, assumendosi l'onere gravoso di dialogare con lui, di sollecitarlo, forse anche di scuoterlo e di frustarlo. Di questa educazione attiva e intraprendente Orestano si accolla senza un'esitazione il compito: l'informazione è ridotta al minimo, dati e date sono una soma da restringere all'indispensabile. Quel che conta è invece la trasmissione di un messaggio pedagogico imperniato non su un'ammucchiata di dati certi da apprendere mnemonicamente ma su una interpretazione dell'universo giuridico nè certa nè neutrale, su una scelta fondamentale, su un insieme di convinzioni dello scrittore che vuole affidare al discente alcune chiavi sicure d'ingresso. E qui cominciano a emergere altri caratteri altamente connotativi di questa complessa 'Introduzione'.

Il suo è un destinatario ben precisato ma non ristretto. Certamente il testo orestaneo si rivolge assai poco al romanista, e certamente non è lo storico del diritto il suo destinatario specifico. Oggetto delle sue attenzioni è — si diceva or ora — il giurista in formazione; se si distende in un ampio e arioso itinerario storico-giuridico, è perché una solida cultura storico-giuridica è ritenuta bagaglio essenziale della sua crescita e del suo irrobustimento. Ma non ci si lasci ingannare: questo imponente volume non è — per ripetere un vecchio titolo bestiano — un 'avviamento allo studio della storia del diritto' (7), né tanto meno

(6) ASTUTI, *Le Fonti*, cit., avvertenza, p. III.

(7) Il riferimento è a un vecchio e utile libriccino di Enrico BESTA, *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, Padova, Cedam, 1926 (II° ed. Milano, Giuffrè, 1946).

avviamento al mestiere di storico; è piuttosto il contributo a un giovane nella non agevole fatica di costruirsi come giurista, giurista colto, consapevole.

Se v'è qualcosa di sbagliato in questo volume, è il suo titolo; sbagliato nelle due edizioni litografiche dove parlava di «Introduzione allo studio storico del diritto romano» e dove quell'aggettivo 'storico', nella sua estrema sfumatura, consentiva almeno di prefigurare gli estesi orizzonti che vi vengono disegnati; tanto più sbagliato nell'edizione a stampa, dove l'Autore ha cancellato come pleonastico l'aggettivo e resta soltanto il secco e monco riferimento al diritto romano. Colse nel segno Orestano, quando nella 'avvertenza' della seconda edizione, ripetendo una affermazione fatta nella prima, segnalò lucidamente: «è un abbozzo... di quella che vorrebbe essere un'*Introduzione allo studio storico del diritto*, in qualche modo rispondente ai problemi della scienza giuridica del nostro tempo»⁽⁸⁾.

Qui siamo nel vero, e veridico è il titolo accennato. Il territorio che il Maestro romano pretende di percorrere è insofferente a confinazioni all'interno del sapere giuridico. Egli lo percorre con un orientamento storicistico e valorizzandone la maestosa dimensione storica, ma lo sguardo — volutamente — tutto lo ricomprende, giacché è la totalità del territorio il campo in cui il giurista misura le sue forze. Il riferimento al diritto romano è — se Orestano mi passa la iconoclastica conclusione — un impaccio al discorso, qualche volta anche un letto di costrizione; né saprei trovare altra giustificazione a questo costringimento se non pensando all'occasione assai tenue che Orestano ha sempre ricoperto cattedre romanistiche e che i Suoi 'Corsi' dovevan formalmente ricomprendersi entro quell'ottica. Al di sotto della etichetta condizionante sta invece una grande libertà di azione culturale e addirittura una impazienza a vincere le diverse preclusioni che si pongono sul cammino. Il destinatario — ma anche il modello cui ispirarsi — è la figura unitaria del giurista; sua proiezione un territorio unitario di conoscenza giuridica dove cadono perfino gli inveterati steccati fra conoscenza storica e conoscenza dogmatica.

La grande dignità metodica su cui Orestano insiste dal principio alla fine è questo recupero di unità e il conseguente rifiuto di sezionamenti, che hanno per lui l'aspetto ripugnante d'una vivisezione. Anche d'una Facoltà giuridica Egli è portato a cogliere il tessuto unitario, gli aspetti accomunanti malgrado le piccole cellule costruite, talora fittiziamente, talora opportunamente, dalla organizzazione degli studi. Storico del diritto, filosofo del diritto, civilista, processualista sono partizioni di comodo motivate soltanto dalla umana finitezza e dalla umana ignoranza, non già autonomi atteggiamenti culturali. Il suo

⁽⁸⁾ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1963, p. III.

discorso si pone non per superbia ma per convenienza al centro della Facoltà o, se vogliamo, al suo vertice, da dove può investire tutti e parlare a tutti. Un discorso puramente e semplicemente giuridico (la tautologia è soltanto apparente) che vuol ricordare al giurista dimentico alcune elementari verità di metodo, quelle verità che soltanto lo storico può pronunciare senza il rischio di cadere nel sermone didascalico perché egli quelle verità le ha verificate nell'esperienza (che gli è peculiare) della vita interamente vissuta, una vita che a un occhio arido sembra soltanto morta e che per un occhio penetrante significa vicenda compiuta vissuta fino in fondo, e pertanto pienamente espressa nei suoi valori e disvalori. Per ora son pago di questa ideale collocazione del volume in un quadrivio di confluente al cuore della scienza giuridica e della Facoltà giuridica. Volume non monocorde, anzi polivalente al massimo grado, anzi dotato di un altissimo grado di versatilità. E l'autore si compiace, lasciando le sterili dichiarazioni programmatiche, di fondere insieme in un unico e unitario tessuto la riflessione teoretica o addirittura filosofica, con l'analisi storico-giuridica, con l'analisi tecnica del giurista positivo.

L'Orestano che, cedendo alle insistenze del suo amico Allorio, pubblica su 'Jus' il saggio fortunatissimo su diritti soggettivi e diritti senza soggetto⁽⁹⁾; che scrive per la *Enciclopedia italiana* la voce 'Formalismo giuridico'⁽¹⁰⁾, o per la *Enciclopedia del diritto* la voce 'Azione (storia del problema)'⁽¹¹⁾ (una premessa dalla straordinaria robustezza dommatica), si rispecchia perfettamente nella forte intelaiatura teorica che incastella l'enorme materiale storico della 'Introduzione'; intelaiatura che è sì il corrispondere a un'esigenza di riflessione, di chiarimento e di ordine elementare, ma soprattutto il conclamare nella eloquenza della testimonianza una unità conoscitiva. L'armatura teorica non si giustappone al materiale storico restandogli estranea, tanto da farne temere un rigetto; e il materiale storico non è la collezione di cianfrusaglie museali da mostrare alla divertita curiosità dei giuristi. Al contrario, qui si guarda unicamente al ruolo del giurista e al bagaglio essenziale di cultura per corrispondere alla pienezza di quel ruolo.

Ed è qui il secondo segreto del libro, ed anche il secondo segreto del successo presso i giuristi: parla il loro stesso linguaggio, è scritto per loro, si pone per ogni giurista come il suo esame di coscienza storicistico; a parte la mole troppo grossa e la bruttezza delle due prime edizioni Giappichelli, può ascrivere a pieno titolo fra i suoi brevissimi quotidiani.

(9) *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, XI (1960).

(10) *Enciclopedia italiana*, Appendice III, Roma, 1961.

(11) *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. IV.

III. L'osmosi fra conoscenza teorica e conoscenza storica non è la confusione incontrollata sfuggita a un personaggio sprovveduto, ma la fusione controllatissima di chi ha idee molto chiare nella propria testa. Con questa osmosi siamo al cuore del progetto culturale di Orestano giurista, cui si impronta tutta la sua opera scientifica e su cui si costruisce anche l'edificio della 'Introduzione'. L'insofferenza a mutilanti dissezioni — timbro tipico, come abbiám visto, della voce di Orestano — diventa un'unica dignità metodologica fondante: l'unità della conoscenza giuridica. Conoscenza storica e conoscenza scientifica non sono separabili proprio perché il diritto si contrassegna per una intima, inabdicabile storicità. Sempre nelle scienze dello spirito, ma particolarmente nella scienza giuridica, presente e passato sono dimensioni non disgiungibili, giacché la conoscenza giuridica — malgrado tutte le sue giustificatissime astrazioni — è un sapere incarnato, rappresenta 'il conoscere per l'agire' ⁽¹²⁾, si proietta e si mescola con la storia, diventa né più né meno che una dimensione della storia stessa.

Non averne preso atto da parte della coscienza scientifica ha portato ad alcuni dei mali più sottili della cultura giuridica moderna: da un lato, uno storicismo scettico e relativista; dall'altro, un esasperato formalismo immiserito spesso nella bassa corte del tecnicismo. Orestano, che ha riflettuto a lungo anche sulle opere dei 'moderni', vuole evitare precisamente queste secche culturali che costituiscono l'inconsapevole suicidio per inedia della *scientia juris*; ma evitarle significa tanto irrobustire teoricamente la grezza analisi storica quanto immergere le teorizzazioni nel bagno concreto del divenire storico.

E questo Egli ha sempre fatto. Sempre, non solo nella 'Introduzione' che è per sua natura testo progettuale. Ho più sopra ricordato il saggio su «diritti soggettivi e diritti senza soggetto»; ebbene, mette conto ora di aggiungere che quello che appare come saggio autonomo sulla Rivista di Allorio altro non è che il capitolo di un corso romanistico in tema di fondazioni e ne rappresenta un capitolo rilevante a proposito del nodo gordiano della eredità giacente ⁽¹³⁾; ma è un capitolo che si guarda bene dall'esaurire il proprio compito in una puntuale esegesi di fonti storiche. Oggi il saggio è ripubblicato con altri nel volume «Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche», un volume di cui deve essere sottolineato non il titolo insignificante, bensì l'emblematico sottotitolo così squisitamente orestaneo: «Scienza del diritto e storia», al quale è veramente affidato il senso del libro e il contenuto primo del suo messaggio. Ma ancora. Si apra la cronologi-

⁽¹²⁾ È inutile sottolineare la dipendenza speculativa fra questa impostazione e molte suggestive pagine del più autentico breviario capograssiano (cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), Milano, Giuffrè, 1962, soprattutto la parte V — La funzione della scienza).

⁽¹³⁾ *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1959.

camente ultima collettanea di scritti sparsi « ' Diritto ' - incontri e scontri », che risale all'81, e se ne scorra pure il ricco indice spigolando qua e là: Il diritto romano nella scienza del diritto; Metodologia e diritto; Sociologia e studio storico del diritto; Alle prese con il linguaggio dei giuristi; Storiografia e coscienza della storicità del diritto; Concetto di ordinamento giuridico e storia del diritto; Appello giudice norma; Della esperienza giuridica vista da un giurista; Il 'metabolismo' dei giuristi.

La spogliatura non è casuale: abbiamo trascelto i titoli più evocativi dell'atteggiamento di cui parlavo, ma l'atteggiamento metodico è comune. Il giurista Orestano, forte di una attrezzatura teorica che è quella del giurista provveduto, parla ai giuristi con il tesoro sì della sua incomparabile competenza di romanista e di storico del diritto ma immergendo sempre il proprio discorso in quel *continuum* ideale fra presente e passato che non ha cesure spirituali, che non ricaccia la storia in soffitta e non riecchisce il vigente come realtà sradicata.

Si deve ripetere qui per la personalità complessiva di Orestano quanto più sopra si diceva della ' Introduzione ': i giuristi lo hanno ascoltato perché Egli parlava loro non un esoterico linguaggio, ma al contrario intessuto d'un lessico familiare; anche i giuristi di diritto positivo, anche i più chiusi, ci si riconoscevano, perché Orestano parlava mettendosi anche dal loro punto di vista, vestendo i loro stessi panni. Così l'operazione orestanea assume una veste complessa, nutrita con lungimiranza nella mente dell'autore: operazione culturale, innanzitutto, e scelta metodologica con una sua oggettiva validità conoscitiva; ma anche operazione ' politica '. Orestano realizzava un duplice salvataggio: recuperava la storia giuridica dal museo polveroso delle cose archeologiche; recuperava il diritto positivo, cioè la scienza giuridica che di quello fa il proprio oggetto esclusivo, dalle miserie dell'esegesi, e cioè dalle miserie del formalismo e del tecnicismo.

Io credo che vada dato atto a Orestano di questa lucida consapevolezza, che Lui ha voluto tradurre in un lucido progetto; e gli vada dato atto della rilevanza del duplice salvataggio. Resto convinto — l'ho ripetuto in diverse occasioni e l'ho scritto, nel giugno del 1971, nella ' pagina introduttiva ' diffusa in preannuncio del primo dei nostri ' Quaderni fiorentini ' (14) — che questa sia ancor oggi la strada da battere, dove sono prevedibili (e non saranno pochi) gli equivoci e gli ostacoli, le improvvisazioni e i misoneismi, strada ripida e difficile, ma la più provvida ed arricchente nei tempi lunghi.

IV. Non sorprende pertanto (era, anzi, largamente scontato) che a pietra angolare della ' Introduzione ' sia la nozione di ' ordinamento

(14) Diffusa autonomamente e con l'anticipo di quasi un anno con la funzione di puntualizzare e render noto il programma della iniziativa, può ora leggersi in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972).

giuridico ' e, con scelta ulteriore e più profonda, quella di ' esperienza giuridica '.

Avversario tenace d'ogni positivismo statalista per la imbalsamazione a cui costringe la fenomenologia giuridica (sentita naturalmente, cioè per natura sua, plastica e libera), Orestano non lesina le sue simpatie per la nozione di ordinamento nel suo specifico conio romaniano. Vi riscontra unità ma anche disponibilità, giacché una larga pluralità di forze trovano in quella una non artificiosa *reductio ad unitatem*. Tuttavia «essa non è ancor sufficiente ad abbracciare anche altri aspetti della fenomenologia giuridica, non propriamente riconducibili alla nozione di ordinamento come tale, in quanto ne costituiscono antecedenti, presupposti, implicazioni, oppure elementi collaterali, ma per più versi connessi: e una volta di più la mente corre, per questi ultimi, all'attività di tutti gli operatori giuridici nella loro incessante cooperazione alla edificazione del giuridico» (15).

Da questo angolo d'osservazione anche l'ordinamento, proprio perché si contrassegna come organizzazione del sociale, appare angusto, e Orestano, che ha fatto sua la migliore lezione dello storicismo, teme gli schemi interpretativi che, serbandò una alta valenza ordinativa, non consentono di cogliere ed esprimere tutta la ricchezza propria e peculiare al fenomeno giuridico: che è innanzi tutto, prima di esser forma e ordine, dimensione della vita. Da qui, il superamento della pur preziosa ipotesi ordinamentale in favore di una nozione più ampia: quella di esperienza giuridica, tanto ampia da apparir vaga, ma che, se gli si può imputare il peccato veniale della vaghezza, è immune dal peccato mortale della rigidità.

La nozione di esperienza giuridica, così come la porgeva alla riflessione italiana degli anni Trenta l'analisi capograssiana (16) e così come l'assorbe Orestano, intesa come un modo determinato e singolare di vivere il diritto nella storia, di percepirlo concettualizzarlo applicarlo in connessione a una determinata visione del mondo sociale e a determinati presupposti culturali, un insieme di scelte peculiari e di soluzioni per i grandi problemi che la realizzazione del diritto pone a seconda dei vari contesti storici, si segnala come paesaggio storico che

(15) *Introduzione allo studio del diritto romano*, p. 352.

(16) Soprattutto con gli *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), *Il problema della scienza del diritto* (1937), *Leggendo la 'Metodologia' di Carnelutti* (1940). Interessante, anche sotto il profilo della biografia intellettuale di Orestano, quanto egli scrive in: *Della «esperienza giuridica» vista da un giurista*, in 'Diritto — Incontri e scontri', cit., p. 487 ss.: quasi una *retractatio*, una ricerca, che per altri può sembrare del tempo perduto ma che non lo è affatto per Orestano, alla individuazione della vicenda personale, grazie alla quale, sotto l'insegna dell'incontro personalissimo, l'ipotesi capograssiana ha fatto il suo ingresso e ha preso stanza nella riflessione dell'allora giovanissimo incaricato di diritto romano nella Università libera di Camerino: «con 'esperienza giuridica' mi sono incontrato la prima volta sul treno Ancona-Foligno-Roma, un qualche sabato sera del 1935-37. Era il treno dove...» (op. cit., p. 490).

trae la sua storicità dal chiamare senza esclusioni e senza filtri riduttivi ogni forza a concorrere alla sua formazione, anche coloro che vi operano senza una diretta incisività organizzativa, anche coloro che portano soltanto un contributo di analisi riflessiva, in una gamma che va dal principe esercitante il supremo potere politico all'ultimo degli avvocati e dei dottori (17). La singola esperienza giuridica come inconfondibile paesaggio giuridico, nel disegno della quale la scienza detiene un ruolo fondamentale. Non aveva forse Capograssi limpidamente enunciato che guardare alla scienza giuridica era come guardare all'esperienza vista nella riflessione di uno specchio fedelissimo? Che pertanto fare storia della scienza giuridica significava cogliere «l'esperienza nel significato giuridico che assumeva nella coscienza di chi la viveva» ed elaborare «la più tipica espressiva storia dell'esperienza giuridica, delle singole esperienze giuridiche nel tempo» (18)?

Grazie a una così precisata nozione capograssiana Orestano conseguiva i due risultati che più gli premevano, l'esaltazione della storicità come natura imprescindibile del giuridico, la storicità come mistero e essenza autentica del giuridico; la scienza come coscienza riflessa dell'esperienza, come la più rappresentativa delle forze che concorrono a formarla. La sua storia del diritto è, dunque, e non può non essere, una storia di esperienze giuridiche; una storia di esperienze giuridiche percorsa sulla scorta non esclusiva ma prevalente della riflessione scientifica.

È questa, a mio avviso, l'unica strada metodologicamente corretta, in grazia della quale lo storico del diritto può organizzare in modo non artificioso il proprio materiale. La strabocchevole congerie di almeno duemilacinquecento anni di storia non possono essere ordinati secondo dati e date spesso portatori di nessun valore interpretativo. Se la storia è sempre meno anche per lo storico generale una storia di accadimenti o una consecuzione cronologica, ciò è tanto più vero per lo storico del diritto, che non è mai osservatore dell'effimero ma individuatore di radici e percettore di valori, che è storico di immobilità relative più che di un caracollare continuo e rapido, che è più attento alle sincronie di grandi momenti autenticamente autonomi che non alla diacronia ininterrotta del prima e del poi.

Lo schema ordinante dell'esperienza giuridica è un modo per segnar confini legittimi in un divenire affollato e confuso, per insistere anche su quella dimensione sincronica della storia che è l'unica che interessa il giurista. L'esperienza giuridica non è mai, infatti, consegnata al quotidiano, ma ai tempi lunghi; proprio perché legata al

(17) Si veda la pagina eloquente della *Introduzione* (p. 357), dove Orestano presenta l'esperienza giuridica come sintesi perfetta del 'mondo dei comportamenti' del 'mondo delle norme' del 'mondo della attività di riflessione, di analisi, di elaborazione sui comportamenti, sulle norme o su entrambi'.

(18) CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 224.

costume, alla mentalità, ai valori rappresenta un assestamento, una sosta, e rappresenta un fatto irripetibile perché rappresenta *quella* maturità dei tempi storici e non altra, perché, anche se ciascuna di esse non nasce mai dal nulla e utilizza materiali offerti dal passato, quei materiali sono rivissuti in una sintesi nuova che li fa irrimediabilmente nuovi anche se volessimo continuare a guardarli isolatamente cercando di seguirli nella più falsante delle illusioni: la continuità.

Il grande pregio epistemico di un divenire storico rivissuto alla luce dello schema dell'esperienza giuridica è infatti proprio di accentuare la discontinuità di quel divenire: tante maturità di tempi, che si pongono come sintesi, stravolgimento, palingenesi dei motivi precedenti, talché è ben spesso fragile gettare ponti fra l'una e l'altra e volere ad ogni costo seguire un filo continuo. Il *continuum* può sussistere; spesso non è difficile sorprenderlo, ma sarà marginale, appartato, superficiale; non ti condurrà mai al cuore della nuova esperienza. Il filo, se vuole infatti diventar qualcosa di vitale, deve perdere la sua autonomia di filo per contribuire alla nuova grande realtà e sperdersi in essa. In questa ottica, è assolutamente legittimo parlar di 'medievale' e di 'moderno' anche per la storia del diritto: due pianeti differenziati non da una data o da un accadimento solenne, che con mille rispettabili argomentazioni potrebbe essere identificato da taluno nella conquista ottomana di Costantinopoli, da tal'altro nella scoperta colombiana dell'America, da tal'altro ancora — con pari legittimità — in cento altri eventi anteriori o posteriori, ma da quello che abbiamo chiamato un nuovo paesaggio giuridico, dapprima acerbo e appena abbozzato, poi sempre più maturo e sicuro. E nel paesaggio, uno sfondo strutturale, un clima spirituale, una mentalità circolante spiccatamente nuovi. Insomma, un paesaggio trasfigurato.

È ovvio che, nel transito dal vecchio al nuovo, vecchio e nuovo si mescolino, e il tracciato di vecchi filamenti sia visibile. Ma dovrà venire il momento di maturità, espressione compiuta della nuova esperienza, in cui i filamenti sono diventati tessuto nuovo e sono scomparsi come filamenti. Insisto, portandola fino a conseguenze che io per primo so volutamente e polemicamente esasperate, nell'esigenza metodica di sbarazzarsi dell'assillo della continuità, questione mal posta come sopravvivenza di questa o quella istituzione, di qualche filo slegato ed avulso, e troppo spesso identificantesi in un problema di involucri vuoti, di assonanze formali, di persistenze di vocabolario, e non di contenuti storicamente vivi al centro d'una civiltà.

V. Un siffatto discorso non è uno sfoggio inutile, ma è il preambolo necessario a un'analisi della 'Introduzione' sotto un profilo strettamente storico-giuridico. Sotto questo profilo essa si presenta quale introduzione a una storia di diverse esperienze giuridiche, non già della sola esperienza giuridica romana nel suo millenario

distendersi dalle Dodici Tavole al *Corpus* giustiniano, ma delle esperienze giuridiche romana, medievale e moderna guardate dall'angolo visuale del romanista e puntando l'occhio sul filo rosso del diritto romano.

Plaudo alla scelta metodica di fondo fatta da Orestano, quella che chiamerei — per intenderci — teoretica. Mi affiorano delle perplessità sulla seconda: o meglio, mi pare che la seconda impedisca alla prima di svilupparsi in tutta la sua pienezza.

Sono perplessità che mi permettono di entrare in dialogo con il Maestro; e pertanto sono sotto questo aspetto per me benvenute: chi sa che qualcuna non serva allo stesso Autore, magari per convalidare le sue scelte, nella messa in opera di una seconda edizione a stampa che sono il primo ad auspicare.

Il riferimento al 'diritto romano' è scritto chiaro e tondo al centro della intitolazione; anzi, nell'edizione definitiva è reso ancora più secco. Dicevo più sopra che si tratta di un titolo sbagliato, e che un'etichetta più veridica sarebbe stata quella che Orestano, per umiltà, per timore d'una insegna troppo presuntuosa, ha nascosto fra le righe di una 'avvertenza': «Introduzione allo studio storico del diritto». Ho aggiunto frettolosamente che quel riferimento si risolve in un grosso impaccio culturale, ed è questo il discorso da riprendere.

Impaccio, perché una storia di esperienze giuridiche è, come si diceva, storia di momenti fondamentalmente discontinui, è più una storia di tanti assetti sincronici che non una scorribanda diacronica, mentre richiamarsi al diritto romano nella contemplazione del medievale e del moderno significa puntare su un filo ininterrotto che con perfetta continuità arriva fino a noi.

Mi sembra che sia questa la sottile aporia, il nodo irrisolto, che si cela sotto le pagine della 'Introduzione'. Forse che l'educazione romanistica di Orestano non gli ha consentito il supremo atto liberatorio di osservare il divenire senza un occhiale prefabbricato? Non avrei dubbio nell'escludere una simile argomentazione; si farebbe ingiustamente torto allo spessore culturale di Orestano, che è dei più intensi e profondi. L'«Introduzione» — sia chiaro — non ha nulla a che spartire né con uno *ius romanum medii aevi* sul calco savigniano, né con una 'storia letteraria del diritto romano dal medioevo ai tempi nostri' nel solco brugiano, né con un 'diritto romano ammodernato' secondo la riduttiva ipotesi di Riccobono (che è, pure, il Maestro ammirato dello stesso Orestano).

Si deve invece prendere atto che in Orestano il problema continuità/discontinuità resta un nodo irrisolto; ed è irrisolto perché il problema resta problema malgrado tutte le esorcizzazioni teoretiche. Sono estremamente istruttive alcune pagine della splendida 'ultima lezione' che Orestano tenne il 19 gennaio 1979 e che ha assai

opportunamente pubblicato col titolo «Lasciando la cattedra» (19). Istruttive perché vi si apprende che l'oggetto d'una precisa attenzione e tema principe dei gruppi di studio con studenti e assistenti negli anni estremi dell'insegnamento romano era «un problema sempre appassionante e sempre aperto» (20), il problema della 'continuità'. Un problema che è stato affermato essere 'il problema stesso della storia'» (21); istruttive perché vi spicca chiaro il fascino e il tormento che ha prodotto nel Maestro, istruttive perché, con una mediazione compositiva che è segno del disagio e della complicata coscienza dello *speculator*, egli vede continuità e discontinuità «intrecciarsi, in ciascuna esperienza formando un tessuto unico» (22).

Fili, ordito, trama, tessuto costituiscono un lessico metaforico, cui Orestano largamente attinge, sia nell'ultima lezione, sia nella stessa 'Introduzione'; né sarò io a rimproverarlo, come lo studente di cui Egli ci racconta (23), giacché l'immagine è felice e corrobora il discorso. Mi sembra solo che la metafora non sia tratta *ad debitam consequentiam* proprio nella sua immaginifica felicità. Il tessuto è l'annullamento del filo, che può ritrovare la sua autonomia soltanto con l'annullamento del tessuto. Il tessuto è la sintesi che risolve e trasfigura tutti i fili in una realtà sostanzialmente nuova; continuare a tentar di intravedere i fili nella compattezza della tela significa sfilacciarla precludendosi la possibilità di cogliere il valore connesso all'insieme e ottenendo solo un recupero abbastanza insensato della singola entità solitaria non più vitalmente riconducibile alla sua matrice originaria.

Ma lasciamo l'immagine e veniamo al punto che ci interessa: la continuità del diritto romano nel maturarsi delle esperienze giuridiche medievale e moderna. A mio avviso, se si vuole arrivare alla comprensione del loro individuo mistero, occorre togliersi dall'incantamento che il diritto romano ha troppo spesso rappresentato per tutti gli operatori e osservatori della storia giuridica post-antica, rifarsi occhi nuovi con un lavaggio ideale che è affrancazione culturale e capacità di vedere i contorni delle cose senza abbacinamenti, assumere una disponibilità totale priva di pre-giudizi. Altrimenti, lo storico del diritto avrà sempre di fronte a sé due tranelli in cui rischia di cadere: il tranello dello pseudo-archetipo, col quale misurare sempre le espressioni delle esperienze successive (nel quale mi sembra caduto l'amico Paolo Frezza, ricostruttore sapientemente romanistico d'una prassi contrattuale quale quella dell'alto medioevo incomprensibile a

(19) *Lasciando la cattedra*, ora in 'Diritto — Incontri e scontri', cit., p. 45 ss.

(20) Il corsivo è nostro e serve a sottolineare il problema non-chiuso nella coscienza scientifica di Orestano.

(21) *Lasciando la cattedra*, cit., pp. 58-59.

(22) *Loc. ult. cit.*

(23) Vedi il ricordo, proveniente proprio da quegli ultimi seminari ora citati, in *Lasciando la cattedra*, cit., p. 58.

un occhiale romanistico)⁽²⁴⁾; il tranello delle forme vuote, col pericolo di scambiare per realtà concrete entità formali e nominali.

Prendiamo, per esempio, il medioevo giuridico: l'occhio del romanista — occhio ingombro, occhio non liberato — si rivela, come dicevo più sopra, un inciampo storiografico, una ipoteca troppo greve. Il vero volto della civiltà giuridica medievale, il suo paesaggio giuridico, si distingue e si tipizza — in aderenza ai più profondi paesaggi strutturale e culturale — per istituti che sono il feudo, il dominio diviso, i contratti agrari, le società commerciali, i titoli di credito, il nuovo processo, per frutti di una prassi viva che chiede di non esser misurata con archetipi estranei e lontani ma con le forze interne e sottostanti (siano esse economiche o ideali) che l'hanno sollecitata e indirizzata. Altrimenti, l'occhiale è deformante e la descrizione sfiora il grottesco.

Si dirà: ma con la fine del secolo XI^o si assiste a una non fittizia 'rinascita' del diritto romano, e la nuova scienza giuridica è scienza di glossatori e commentatori e, in quanto tale, tributaria del testo giustiniano su cui incessantemente lavora. E qui bisogna davvero intendersi se si vuole arrivare a una storicizzazione sostanziale, non a una storicizzazione malthusiana.

In una civiltà, come quella medievale, contrassegnata da una perenne e mai colmata incompiutezza del potere politico, dove il potere politico non concepisce e non realizza entità totalizzanti del segno del futuro Stato moderno, in una siffatta civiltà dove il potere ostenta una relativa indifferenza per il diritto lasciandolo, per la più gran parte, alla produzione dei privati, il ceto dei giuristi, che è chiamato in prima persona a formalizzare le emersioni consuetudinarie e a costruirvi sopra un edificio tecnico provveduto, questo ceto opera in una pressoché totale solitudine. Dico solitudine intendendo la inesistenza di modelli di riferimento e di coperture potestative. Ne consegue la ricerca di piattaforme autoritative cui ancorare la mobilità della prassi; da qui il suo strutturarsi in *jus commune* come diritto romano-canonico. L'aggancio alla Chiesa e al suo diritto realizzava un duplice valore formale e sostanziale, anche sostanziale perché la Chiesa era presenza e forza incisiva della stessa civiltà medievale; ma da solo non bastava nemmeno in una società che si proponeva integralisticamente quale 'santa romana repubblica'. Necessario, voluto, progettato, è l'aggancio al diritto giustiniano, sapienza civile ammantata dalla maestà della antichità immemorabile e dalla sacralità della stessa imperialità giustiniana. Da qui una civiltà giuridica, che è tutta un plurisecolare laboratorio sui sacrosanti testi romani; ma laboratorio per costruirvi

(24) P. FREZZA, *L'influsso del diritto romano giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, Milano, Giuffrè, 1974 (*Ius Romanum Medii Aevi*).

sopra in libertà, non secondo quanto pretendeva l'esegesi fedele dei testi ma la realtà effettiva che circondava i falsi esegeti.

I giuristi di diritto comune hanno un disperato bisogno del diritto romano; non progettano nulla senza ancorarvi ipotesi, idee, costruzioni; sempre il diritto romano funge da grande ombrello protettivo. Ma sia ben chiaro: lì è poggiata soltanto la dimensione della validità, lì è solo il momento di validità del loro discorso. Personaggi ' soli ', pur nella grande corallità unitiva del ceto, con alle loro spalle un potere politico incompiuto anche quando si tratta di un tiranno dispotico, essi soffrono di un palese vuoto di legittimazione formale: il diritto romano è uno dei modi per colmarlo. Ma il piano — ripetiamolo — è quello della validità, che è puramente formale, mentre quello effettivo scorre a un livello inferiore ma sostanziale, dove operano le forze efficacemente presenti nella società medievale.

E quando, come spesso avviene, i due piani non collimano perché non possono collimare realtà tanto distanti come quella segnalata da Ulpiano e quella delle novissime città comunali, il diritto romano riceve la sorte di un vaso vuoto che i contenuti pressati dentro sforzano e deformano. Se è *interpretatio asinina* agli occhi dell'osservatore culto che identifica interpretazione con esegesi, agli occhi di colui che vi guardi in un autentico tentativo di comprensione la loro interpretazione appare più un atto di volontà politica che di passiva logica ermeneutica, un atto di intermediazione fra *lex* antica e fatti nuovi, dove ciò che ha rilievo non è la *mens* dell'antico legislatore o giureconsulto ma i *facta* da qualificare giuridicamente.

Se si pone attenzione alle strutture del nuovo edificio giuridico che siamo soliti chiamare il sistema del diritto comune, il diritto romano è presenza non formale ma viva per quanto attiene alla ammirevole attrezzatura tecnica e al linguaggio decantatissimo che offre. Il progetto giuridico tuttavia, soprattutto dove tocca i punti più vitali della disciplina della famiglia, dei diritti reali e delle obbligazioni, della repressione criminale e del processo trova nel diritto romano soltanto una occasione di discorso.

È ovvio che, se ci si arresta a un approccio liminale, tutto suona elogio del messaggio romano, tutto ci parla di *translatio Imperii*, o del diritto giustiniano come *donum Dei*. Cerchiamo però di non dar corpo alle ombre e di non essere — noi storici — degli artefici d'ombre; cerchiamo di superare la barriera degli stilemi, degli sfoggi retorici o anche dei sinceri atti di ossequio che non vanno oltre un impassibile cerimoniale. L'unico terreno di verifica dove l'ossequio formale può tradursi in ossequio sostanziale è la costruzione tecnica del tessuto degli istituti, ed è lì che bisogna scendere, dentro i meccanismi di costruzione giuridica, per renderci pienamente conto della portata di questa singolarissima *interpretatio*. Certo non sempre ma spesso, sulla scorta di una prassi completamente disinibita — prassi agraria,

commerciale, criminale, processuale — le invenzioni dei giuristi si disegnano, nel procedere e nel crescere della scienza giuridica medievale, con una fantasia e una spregiudicatezza che si appropria dei contenuti di quella prassi e lascia al diritto giustiniano l'onorevole ma vuoto compito di un riferimento di validità: anche se il frutto della fantasia è negazione del testo romano, anche se la interpretazione capovolge l'antico messaggio.

Il filo rosso del diritto romano può per la comprensione del medioevo giuridico essere fuorviante, proprio perché nominalmente tutto suona glossa e commento a una costruzione già compiuta dagli antichi e proiettata verso l'eterno. Senza dubbio il diritto romano, inteso come prosecuzione vitale *post mortem* della consolidazione giustiniana, ha una intrinseca *incapacità* espressiva del complesso volto di civiltà giuridica che siam soliti chiamare *jus commune*, diritto comune; senza dubbio il diritto romano può essere — e lo è stato — fonte di grossolani equivoci storiografici proprio perché ha costituito uno dei due punti fermi di riferimento formale dello *jus commune*. Col medioevo giuridico siamo di fronte a una antinomia insanabile fra validità ed effettività, la quale diventa schizofrenia del giurista che deve impossessarsi di quel lontano patrimonio giuridico come valore formale ma non può impossessarsene come valore sostanziale.

Probabilmente è più semplice il discorso per il diritto moderno, dove l'antinomia è meno profonda e il 'diritto romano' può soltanto apparire una veste troppo stretta e inadeguata, ma dove una relativa sintonia consente al crescente capitalismo borghese di riconoscersi in quelle scelte di fondo del messaggio classico che con molta sommarietà e molta approssimazione si indicano come individualismo economico-giuridico (ma sempre e comunque veste troppo stretta come stanno a dimostrare tutte le 'guerre al diritto romano' ⁽²⁵⁾ di cui è costellata l'età moderna, dal Cinquecento francese al tardo Settecento italiano all'estremo scorcio dell'Ottocento italiano).

Si obietterà che tutto questo discorso è ingiusto e ingiustificato se prende le mosse da Orestano, che non è uno storico del diritto intermedio e non ha mai voluto scrivere né un trattato di diritto comune né una storia del diritto moderno alla stregua di Wieacker e di Wesenberg. E questo è vero, e va sottolineato. Intendevo infatti soltanto esprimere un'accentuata perplessità sull'assunzione del diritto romano a filo conduttore adeguatamente interpretativo degli universi storici medievale e moderno. Proprio perché Orestano, provvidamente, pone lo schema ordinativo della esperienza giuridica a base della sua ricostruzione, quel filo conduttore come legame di continuità non può che spezzarsi a livello esperienziale giacché ha bisogno di

⁽²⁵⁾ Il riferimento è al titolo di un celebre saggio di Biagio Brugi (cfr. B. BRUGI, *La guerra al diritto romano*, in *La scienza del diritto privato*, II (1894)).

essere coinvolto nella interezza dell'esperienza, ha bisogno di mescolarsi e di trasformarsi. L'ambivalenza fra una storia dell'esperienza medievale (o moderna) e una storia del diritto romano *ultra terminos* la si risolve solo puntando lo sguardo sulla sintesi inevitabilmente operata da quella maturità di tempi che è una civiltà compiuta. Altrimenti, si rischia di correre in superficie, isolare, e peccare di formalismo.

Fortunatamente, Orestano, che è personaggio dalla intensa valenza culturale e che è fornito al massimo grado di quel sapere intuitivo che è tipico dello storico di rango si dimentica spesso del corso lineare del diritto romano, è attratto dalla esperienza giuridica come officina trasformatrice, si inoltra volentieri per i suoi sentieri complessi e articolati, la percepisce con vivezza quale disteso momento sincronico. E il recupero è allora appagante.

MARIO G. LOSANO

LA «ALLGEMEINE ZEITUNG» E GLI ARTICOLI DI ROESLER SUL GIAPPONE

1. Dati essenziali su Roesler. — 2. L'archivio Cotta di Marbach am Neckar. — 2. I primi contatti di Roesler con l'editore Cotta: a) un articolo antiprussiano del 1877; b) alle origini delle *Vorlesungen*: una trattativa fallita. — 4. La collaborazione dal Giappone alla «Allgemeine Zeitung» (1879-1880). — 5. Conclusione.

APPENDICE I: Due lettere di Roesler sulle *Vorlesungen*. — APPENDICE II: Roesler nei *Register der Mitarbeiter* della «Allgemeine Zeitung».

1. *Dati essenziali su Roesler.*

Il giurista ed economista tedesco Hermann Roesler (1834-1894) è noto come il padre della costituzione giapponese del 1889, restata in vigore sino alla fine della seconda guerra mondiale. Come consigliere giuridico presso la corte imperiale giapponese, contribuì a far assumere al diritto di quel paese la struttura europea continentale che lo caratterizza ancor oggi. Nel corso delle mie ricerche sull'ammodernamento giuridico del Giappone Meiji iniziai ad occuparmi di Roesler nel 1973 ⁽¹⁾. La bibliografia curata da Anton Rauscher nel 1969 ⁽²⁾ mi mise poi sulle tracce degli articoli che Roesler pubblicò anonimi sulla «Allgemeine Zeitung» di Ausburg nel 1889-90.

Raccolsi quegli articoli in una prima edizione presentata nel settembre 1984 al 25° congresso degli storici del diritto tedesco e pubblicata l'anno seguente con un saggio in tedesco che faceva il punto delle ricerche fino ad allora svolte sul Roesler ⁽³⁾. Sempre nel 1984 quel saggio venne pubblicato anche in italiano ⁽⁴⁾. Ad esso rinvio chi

⁽¹⁾ *Tre consiglieri giuridici europei e la nascita del Giappone moderno*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, III, 1973, n. 1, pp. 519-599.

⁽²⁾ Anton RAUSCHER, *Die soziale Rechtsidee und die Überwindung des wirtschaftsliberalen Denkens. Hermann Roesler und sein Beitrag zum Verständnis von Wirtschaft und Gesellschaft*, Verlag Ferdinand Schöningh, München - Paderborn - Wien 1969, 313 pp.

⁽³⁾ Herman ROESLER, *Berichte aus Japan (1889-1890)*, herausgegeben von Mario G. Losano, Unicopli, Milano 1985, xxvi-398 pp.

⁽⁴⁾ *La recezione dei modelli giuridici europei nella realtà giapponese: Hermann Roesler*, in *Sociologia del diritto*, 1984, n. 3, pp. 29-44.

desideri farsi un'idea della letteratura sul tema e dei problemi ancora aperti nella ricerca su Roesler.

Uno di questi ultimi riguardava la genesi dei suoi scritti anonimi sulla «Allgemeine Zeitung». Nel tentativo di chiarirlo, grazie all'aiuto del Consiglio Nazionale delle Ricerche potei trascorrere l'intero marzo 1987 al Deutsches Literaturarchiv di Marbach, svolgendo le ricerche documentate in questo scritto. Ad entrambe le istituzioni, e in particolare ai collaboratori del Cotta-Archiv, va la mia gratitudine per l'assistenza accordatami.

2. *L'archivio Cotta di Marbach am Neckar.*

Nel secolo scorso, la casa editrice Cotta di Stoccarda — fondata nel 1659 — fu una delle maggiori d'Europa e, quindi, del mondo. Essa tuttavia non si limitò a pubblicare i capolavori di Goethe e di Schiller: fu essa stessa un capolavoro di amministrazione aziendale. La buona sorte ha voluto che il suo archivio sia conservato quasi interamente e che esso venga ora amministrato come una sezione del Deutsches Literaturarchiv di Marbach. Gli strumenti per la gestione aziendale di un tempo divengono così strumenti per il lavoro intellettuale di oggi, permettendo di completare ricostruzioni storiche altrimenti impossibili.

Poiché la casa editrice Cotta pubblicava anche giornali (tra cui la «Allgemeine Zeitung», che fu la tra le più note in Germania), i suoi archivi contengono numerosi documenti non solo di letterati, ma anche di giuristi e politici. Di conseguenza, il fatto che questo archivio sia conservato nel contesto di un archivio della letteratura tedesca non deve trarre in inganno il giurista che faccia ricerche storiche: se includerà tra le sue indagini anche l'archivio della casa editrice Cotta, non compirà quasi mai uno sforzo infruttuoso. Così è avvenuto anche per la ricerca su Hermann Roesler, di cui rende conto questo scritto.

Una sintesi degli strumenti contenuti nel Cotta-Archiv consentirà di procedere più speditamente nell'esposizione della ricerca su Hermann Roesler.

La storia del Cotta-Archiv è descritta da vari autori e, in particolare, da Liselotte Lohrer, per anni custode dell'archivio stesso. Ecco come si articolano i fondi, secondo la sua descrizione: «1. *Manoscritti*: a) lettere e copialettere; b) bozze e manoscritti; c) bozze corrette. 2. *Documentazione aziendale*: a) contratti; b) rapporti con le tipografie e preventivi; c) libri degli onorari; d) libri di cassa; e) circolari e listini; f) carte sulla storia interna della casa editrice. 3. *Giornali e riviste*. 4. *Libri*» (5).

(5) Liselotte LOHRER, *Bestandverzeichnis des Cotta-Archivs (Stiftung der Stuttgarter Zeitung)*. Bd. I: *Dichter und Schriftsteller*, Klett, Stuttgart 1963, p. 13.

I dati relativi ai soli manoscritti danno un'idea delle dimensioni di questo archivio. «Anche se soltanto dopo la fine dell'inventario se ne potranno fornire indicazioni esatte, la sezione dei manoscritti comprende circa 150.000 lettere, 50 copialettere con gli autori, circa 600 bozze e manoscritti e da 100 a 150 pacchi di bozze corrette, tutti compresi nel periodo tra il 1790 e la prima guerra mondiale, con propaggini che giungono però sino al 1940» (6).

Per la ricerca su Hermann Roesler sono rilevanti i documenti elencati ai punti 1, a (Briefe und Kopierbücher), 2, c (Honorarbücher) e 3 (Zeitschriften). È quindi opportuno descriverli brevemente.

Una parte dell'archivio raccoglie le lettere scritte alla casa editrice Cotta dai vari autori sia di libri, sia di articoli destinati alle riviste ed ai giornali della casa editrice. Il fatto che le lettere siano circa 150.000 significa che, in pratica, non vi sono autori significativi del Settecento e dell'Ottocento che qui non abbiano lasciato una loro traccia. Non è però detto che questa traccia sia sempre importante dal punto di vista culturale: infatti la casa editrice conservava soltanto le lettere e i documenti che presentavano un interesse pratico, mentre distruggeva le comunicazioni che avevano raggiunto il loro scopo e non avevano valore di prova nel caso di eventuali contestazioni. Una parte di quest'ultima documentazione venne però salvata al capo-redattore della «Allgemeine Zeitung», appassionato collezionista di autografi.

Tuttavia, nonostante la natura aziendale dell'archivio, non sono rare anche lettere importanti dal punto di vista culturale. La corrispondenza dei grandi costituisce un caso a sé (7). Ma anche una corrispondenza minore come quella di Roesler ha riservato qualche piccola sorpresa, di cui si parlerà al par. 3, b.

Complementare al corpus delle lettere ricevute è l'insieme delle principali risposte fornite dalla casa editrice ai suoi autori. Le lettere sono copiate giorno per giorno in grossi volumi, che vanno dal 12 agosto 1835 al 14 aprile 1916 (8). A ciascun volume si accompagna un registro con l'elenco alfabetico dei destinatari. Infine, ogni lettera è numerata e contiene anche l'eventuale rinvio alla lettera precedente, permettendo così di ricostruire per intero il carteggio.

(6) *Ivi*.

(7) Cito solo due esempi massimi: GOETHE und COTTA, *Briefwechsel 1797-1832. Textkritische und kommentierte Ausgabe in drei Bänden*. Herausgegeben von Dorothea Kuhn, J. C. Cotta'sche Buchhandlung Nachfolger, Stuttgart 1979-1983, 4 volumi; SCHELLING und COTTA, *Briefwechsel 1803-1849*, Klett, Stuttgart 1965, 357 pp. Un'idea della vastità e della ricchezza di questa corrispondenza è fornita dai tre ampi volumi curati da Herbert SCHILLER, *Briefe an Cotta*, J. C. Cotta'sche Buchhandlung Nachfolger, Stuttgart-Berlin 1934, 3 voll.

(8) Le lettere copiate sono raccolte in quattro serie di volumi, ciascuna con una sua numerazione: *Gelehrten-Copierbuch*, I (1835) - IX (1879); *Autoren-Copierbuch*, I (1879) - VI (1889); *Copierbuch*, I (1882) - V (1887); *Autoren-Copierbuch*, 1 (1889) - 26 (1916).

Tra la documentazione non manoscritta, la raccolta completa della «Allgemeine Zeitung» presenta un'importanza eccezionale, poiché gli esemplari conservati sono quelli su cui lavoravano la redazione e l'amministrazione del giornale stesso. Per ragioni di contabilità, la redazione annotava il nome (e spesso anche l'indirizzo) dell'autore accanto ad ogni singolo articolo. Poiché la grande maggioranza degli articoli veniva pubblicata anonima, queste annotazioni hanno un'importanza eccezionale per l'attribuzione di singoli scritti. Anche se, in qualche raro caso, il destinatario del pagamento può non coincidere con l'autore, queste annotazioni costituiscono uno strumento unico e insostituibile.

Sull'esattezza dei nomi aggiunti dalla redazione è consigliabile un controllo incrociato sia con le lettere dell'editore, sia con i libri contabili. Infatti, come si è detto, l'indicazione dell'autore serviva alla contabilità per stabilire il destinatario e — in base al numero delle colonne pubblicate — anche l'entità del pagamento. Questa minuziosa contabilità è conservata in grossi volumi, in cui i nomi — scritti con l'inchiostro — sono spesso molto più leggibili delle affrettate note a matita apposte all'articolo a stampa ⁽⁹⁾.

Un ulteriore strumento per setacciare l'enorme massa di articoli e di autori della «Allgemeine Zeitung» — il quotidiano venne ininterrottamente pubblicato dal 1798 al 1899 — è il «Register der Mitarbeiter». Esso venne redatto alla fine del secolo scorso all'interno della stessa casa editrice, schedando le indicazioni redazionali dei singoli autori. Per ciascuno di essi si dispone così di un quadro completo degli scritti pubblicati nella «Allgemeine Zeitung», ferma restando la già ricordata necessità di controllare che il nome del beneficiario del pagamento coincida — come avviene quasi sempre — con quello dell'autore.

Nel caso di Hermann Roesler, purtroppo, questa schedatura si è rivelata poco attendibile a causa di vari omonimi o quasi-omonimi. Per questo, nell'*Appendice II*, si propone una stesura corretta delle schede relative ai vari Roesler.

Con l'aiuto di questi strumenti è stato possibile ricostruire con precisione i tempi e i modi della collaborazione di Hermann Roesler con la casa editrice Cotta e, in particolare, con la «Allgemeine Zeitung».

3. *I primi contatti di Roesler con l'editore Cotta.*

a) *Un articolo antiprusiano del 1877.* Il primo documento della collaborazione tra Roesler e la casa editrice sveva è un articolo dagli

⁽⁹⁾ Gli «Honorarbücher» si riferiscono a tutte le pubblicazioni periodiche di Cotta e sarebbe inutile fornirne qui una descrizione particolareggiata. Il volume rilevante per questa ricerca è citato per esteso al par. 4, nota 30.

accesi toni antiprussiani, pubblicato il 28 agosto 1877 sulla «Allgemeine Zeitung». A differenza delle successive collaborazioni, questo articolo è firmato; esso inoltre si conclude con l'indicazione di essere stato scritto a Rostock nell'agosto di quello stesso anno ⁽¹⁰⁾.

La critica di Roesler si appunta su una disposizione emanata il 7 marzo 1877 dal Ministro prussiano della cultura. Con essa si prescrive che il titolo di «dottore in filosofia» (Dr. Philos.) venga riconosciuto solo nel caso che esso sia stato conseguito con un procedimento analogo a quello in uso nelle università prussiane, cioè con un'esame orale e con una dissertazione pubblicata. Il dibattito sulle *Präsentia-Promotionen* e sulle *Absentia-Promotionen* era stato aperto all'inizio del 1876 da un articolo di Mommsen, favorevole al sistema prussiano.

«In questa disposizione — osserva Roesler non senza ragione — quello che colpisce di più è anzitutto il fatto che essa riguarda soltanto il dottorato in filosofia e, in particolare, soltanto il personale insegnante alle dipendenze del Ministero dell'istruzione; inoltre, esso vieta il riconoscimento del titolo soltanto nei rapporti ufficiali e solo da parte delle autorità scolastiche, mentre invece non si estende né ai rapporti privati, né all'uso del titolo — da parte dell'interessato stesso — nei rapporti ufficiali» ⁽¹¹⁾. Era un primo passo verso l'unificazione del sistema accademico tedesco. I risultati bizzarri cui esso conduceva derivavano dalla cautela con cui veniva compiuto questo primo passo, proprio per evitare reazioni come quelle di Roesler.

Al di là dei termini concreti della polemica — che oggi presentano un interesse limitato — la critica di Roesler colpisce perché prende lo spunto da un provvedimento minore per manifestare un atteggiamento globalmente antiprussiano. Ad esempio, dopo aver osservato che l'intangibilità della professione scientifica è comune a tutte le nazioni civili, Roesler va oltre: «Il disprezzarla significa distaccarsi dalla coscienza comune della società colta, giocandosene così la simpatia. Tuttavia questo per una nazione è tanto più grave, quanto più essa si vede isolata a causa della politica generale del suo governo e posta in contrasto con le altre nazioni» ⁽¹²⁾.

Tutto lo scritto tende a dimostrare come la Prussia sia animata da un forte spirito di sopraffazione verso gli altri Stati tedeschi. Ma, accanto ciò, Roesler non perde l'occasione per scoccare una frecciata contro i colleghi berlinesi, concludendo che «la sua [del decreto] paternità intellettuale deve essere ricondotta senza esitazioni [...] ai membri della facoltà di filosofia di Berlino. Opporsi a questa tendenza

⁽¹⁰⁾ Hermann ROESLER, *Die Unverletzlichkeit des akademischen Lehramts und das preussische Kultusministerium*, in *Allgemeine Zeitung* (Beilage), 28 agosto 1877, n. 240, pp. 3610-11. Gli archivi non conservano traccia della corrispondenza che dovrebbe aver preceduto questo scritto, né lo si trova menzionato nel libro degli onorari.

⁽¹¹⁾ *Op. cit.*, p. 3611.

⁽¹²⁾ *Op. cit.*, p. 3610.

è un dovere nazionale, tanto più che essa non si presenta isolata» (13).

Questa asprezza e questa radicalità contribuirono a rendergli la vita difficile e, infine, impossibile nelle università tedesche.

b) *Alle origini delle Vorlesungen: una trattativa fallita.* Mentre di questa prima collaborazione di Roesler con Cotta nulla ci è conservato, salvo l'articolo stampato, nel secondo contatto avviene il contrario: ci è conservata tutta la trattativa concernente un libro, che però non venne pubblicato dall'editore Cotta.

Forse animato dall'ancor fresca collaborazione all'«Allgemeine Zeitung», Roesler decise di proporre all'editore Cotta la stampa delle lezioni di economia che era andato tenendo all'università di Rostock da quando vi era stato chiamato nel 1861. Poco prima della fine del 1877 la proposta prese forma in due lettere, il cui tono involontariamente aspro ed i cui argomenti assolutamente inopportuni rivelano il carattere difficile del giurista mecklemburghese e lasciano già presentire l'esito negativo della trattativa. L'interesse scientifico di queste lettere consiste tanto nella chiara posizione che Roesler assume rispetto alle opere e alle correnti dell'economia politica del suo tempo, quanto nella valutazione del proprio libro rispetto alle principali opere allora in circolazione. Poiché le due lettere forniscono gli elementi per costruire quasi un'autorecensione delle *Vorlesungen über Volkswirtschaft*, esse vengono riprodotte per intero nell'*Appendice I*. Le osservazioni che seguono descrivono la trattativa con Cotta e costituiscono l'indispensabile commento ai due manoscritti.

La prima lettera del 12 dicembre 1877 contiene una descrizione del volume proposto e un giudizio negativo sui lavori più recenti di altri economisti tedeschi: «Anche il recente tentativo di Wagner di rielaborare il manuale di Rau non si può ritenere riuscito» (14). A Roesler si può rimproverare non già l'infondatezza della critica, quanto la sua superfluità: per presentare il proprio libro non era il caso di attaccare quelli già esistenti. Effettivamente, però, il rimaneggiamento del classico manuale (15) di Karl Heinrich Rau (1792-1870) si era risolto in un grande pasticcio editoriale.

Già l'anno dopo la morte di Rau, Adolph Wagner (1835-1917) aveva pubblicato una prima revisione di parte dell'opera (16). A partire dal 1872, nella revisione degli altri volumi, aveva associato a sé anche

(13) *Op. cit.*, p. 3611.

(14) Roesler a Cotta, Rostock, 12 dicembre 1877, conservata nel Cotta-Archiv, Deutsches Literaturarchiv, Marbach am Neckar. f. III.

(15) Karl Heinrich RAU, *Lehrbuch der politischen Oekonomie*, Winter, Heidelberg 1826. È questo il primo dei quattro volumi che compongono l'opera. Nelle successive edizioni essa raggiunse i sette volumi, alcuni dei quali suddivisi in più tomi.

(16) RAU, vol. 3: *Finanzwissenschaft*. 6. Ausgabe vielfach verändert und theilweise neu bearbeitet von Adolph Wagner, Winter, Leipzig 1871, 242 pp.

Erwin Nasse (1829-1890) ⁽¹⁷⁾. Quest'ultimo era stato il predecessore di Roesler nella cattedra di Rostock e l'aveva lasciata nel 1860 per accettare una chiamata a Bonn, sua città natale.

Poichè i testi richiedevano rielaborazioni sempre più profonde, nel 1877 — anno in cui Roesler scrive a Cotta — i volumi appaiono ormai sotto il nome di Wagner, avvertendo però nel titolo che vi si fa «uso dei principî economici di Rau», della cui opera il testo di Wagner veniva presentato come la nona edizione ⁽¹⁸⁾. Il grosso manuale era così poco maneggevole e le stratificazioni plurime così poco soddisfacenti, da giustificare non soltanto la critica di Roesler, ma anche il fatto che lo stesso Wagner desistesse da questo rifacimento e, con altri economisti, passasse alla stesura di un nuovo manuale di economia.

Un altro elemento che può aver giocato a sfavore di Roesler è forse l'aver troppo sottolineato il proprio ruolo innovatore. «Poichè il recente rinnovamento è ricollegato soprattutto al mio nome, — egli scrive — la mia firma sarà in grado di suscitare anticipatamente la fiducia del lettore» ⁽¹⁹⁾. Quest'impressione di estrema e forse eccessiva consapevolezza dell'importanza della propria opera è confermata dall'accostamento fra il libro proposto e le celebri *Chemische Briefe* di Justus von Liebig (1803-1873) ⁽²⁰⁾.

Questa lettera documenta il modo in cui Roesler si vede nella scienza economica tedesca, ma costituisce una presentazione veramente controproducente della propria opera: non tanto per l'eventuale immodestia delle asserzioni, quanto soprattutto per il proporla come radicalmente innovatrice proprio all'editore del più classico e tradizionale dei manuali di economia.

La sollecita risposta di Cotta, infatti, si richiama esplicitamente a Wilhelm Roscher (1817-1894), uno dei rappresentanti più noti della vecchia scuola storica dell'economia. «Dobbiamo anche tener conto — vi si legge — che la nostra casa editrice pubblica già il *System der Volkswirtschaft* del professor Roscher e che quindi non possiamo

⁽¹⁷⁾ RAU, *Lehrbuch der politischen Oekonomie*. Vollständige Neubearbeitung von Adolph Wagner und Erwin Nasse, Winter, Leipzig 1872-1889, voll. 5-6.

⁽¹⁸⁾ Il volume 1 appare ora così: Adolph WAGNER, *Allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre*. Mit Benutzung von Rau's Grundsätzen der Volkswirtschaftslehre. [Zugleich als 9. Ausgabe der Rau'schen Volkswirtschaftslehre], Winter, Leipzig 1876, tomo I: XXVIII-288 pp.; tomo II: 289-512 pp.

Volume 2: *Finanzwissenschaft*. Mit Benutzung von Rau's Grundsätze der Finanzwissenschaft. Zweite wesentlich neugestaltete und vermehrte Ausgabe des 1. Theils der Neubearbeitung. [Zugleich als 7. Ausgabe von Rau's Finanzwissenschaft]. Tomo I: 1877, XVI-676 pp.; 1878, VIII-138 pp.

⁽¹⁹⁾ Roesler a Cotta, 12 dicembre 1877, cit., f. IV.

⁽²⁰⁾ Justus von LIEBIG, *Chemische Briefe*, Winter, Heidelberg 1844, 342 pp. Quest'opera conobbe numerose edizioni ed era ancora ben nota nel momento in cui Roesler scrisse la sua lettera.

entrare in concorrenza con tutta o con parte di quest'opera così celebre e diffusa» (21).

Roesler aveva urtato non uno scoglio, ma una montagna. Il libro di Roscher aveva visto la luce in un'unico volume nel 1854 (22). Poi i volumi erano divenuti due nel 1860, tre nel 1879-82, quattro nel 1887-89, cinque nel 1892-94. La fortuna e la diffusione dell'opera furono eccezionali: il primo volume conobbe, ancora nel 1922, la 26^a edizione. Un'opera, quindi, cui la casa editrice era molto legata.

Roesler non se ne rese conto e, nella lettera del 24 dicembre 1877, ritornò sull'argomento in modo ancora più deciso e, quindi, ancora più inopportuno. Le sue osservazioni, ancora una volta, sono tanto vere quanto controproducenti: «L'opera di Roscher è un manuale di vecchio tipo e di vecchia teoria. Questa posizione è oggi superata sul piano scientifico, ma continuerà ad esistere ancora per qualche tempo, poiché i sistemi scientifici scompaiono solo molto lentamente, anzi, non scompaiono mai del tutto» (23).

Dopo un esordio di questo genere diviene inutile ogni riferimento alla complementarità fra l'opera di Roscher e quella di Roesler e alla necessità di combattere «l'errore socialista» (24). Sono argomenti adatti a un dibattito scientifico, non a una trattativa editoriale. Essi infatti non rimossero, ma anzi rafforzarono i dubbi della casa editrice, che nella risposta ribadisce il legame di «ammirazione e gratitudine» verso Roscher e fonda il proprio rifiuto definitivo del libro di Roesler richiamandosi ai suoi stessi argomenti: «Proprio la Sua dichiarazione di un contrasto interno tra il Suo lavoro e quello del Consigliere Segreto Roscher ci ammonisce ad usare una raddoppiata prudenza» (25).

A Roesler non restava ormai che cercare un altro editore. Le *Vorlesungen über Volkswirtschaft* furono pubblicate presso l'editore Deichert di Erlangen già nell'anno successivo a questa trattativa.

4. *La collaborazione dal Giappone alla «Allgemeine Zeitung».*

Le vicende editoriali degli ultimi giorni del 1877 ed il loro esito negativo non portarono alla rottura dei rapporti tra Roesler e la casa editrice Cotta. Anzi, se si tiene conto che il 1878 fu l'anno della

(21) Da Cotta a Roesler, 19 dicembre 1877, Gelehrten-Copierbuch, f. 569 s., conservato nel Cotta-Archiv, Deutsches Literaturarchiv, Marbach am Neckar.

(22) Wilhelm ROSCHER, *System der Volkswirtschaft*, Ein Hand- und Lesebuch für Geschäftsmänner und Studierende, Cotta'sche Buchhandlung, Stuttgart 1854, X-512, pp.

(23) Roesler a Cotta, 24 dicembre 1877, f. I-II, conservata nel Cotta-Archiv, Deutsches Literaturarchiv, Marbach am Neckar.

(24) Roesler a Cotta, 24 dicembre 1877, cit., f. III.

(25) Cotta a Roesler, 27 dicembre 1877, Gelehrten-Copierbuch, p. 574, conservata nel Cotta-Archiv, Deutsches Literaturarchiv, Marbach am Neckar.

conversione di Roesler al cattolicesimo e della sua partenza per Tokyo, si può dire che non vi fu alcuna interruzione di contatti, se non per il tempo strettamente necessario ad organizzare un viaggio che a quei tempi — per lontananza e per durata — rappresentava quasi un esilio volontario. Infatti le ultime lettere sulle *Vorlesungen über Volkswirtschaft* vennero scambiate intorno al Natale del 1877; la partenza per Tokyo avvenne nell'ottobre-novembre 1878, mentre la prima corrispondenza di Roesler dal Giappone porta la data dell'11 giugno 1879.

Essa è sicuramente preceduta da uno scambio di lettere con il caporedattore del giornale, Otto Braun (1824-1900). Il 19 settembre 1879 Roesler gli scrisse infatti da Tokyo richiamandosi ad una lettera di Braun del 28 luglio, che però non ci è conservata. Roesler ringrazia «per la cortese accoglienza riservata alle mie corrispondenze»: si tratta certamente del gruppo di scritti che costituiscono le prime quattro «Lettere dal Giappone», datate fra l'11 giugno (la prima) e il 3 luglio (la quarta). «In allegato — prosegue Roesler — segue un'ulteriore corrispondenza» (26). Infatti la quinta corrispondenza dal Giappone pubblicata sulla «Allgemeine Zeitung» porta la data del 17 settembre: essa è dunque stata scritta due giorni prima di questa lettera di Roesler.

La proposta di pubblicare anonimi gli scritti di Roesler doveva essere stata avanzata da Otto Braun, dal momento che Roesler risponde come se accettasse un'indicazione altrui: «Sono del tutto d'accordo con la loro pubblicazione senza la menzione del mio nome, ma soltanto con la sigla della corrispondenza» (27).

Il «Korrespondenzzeichen» era un simbolo costantemente usato nella «Allgemeine Zeitung» per individuare gli articoli dei propri corrispondenti. L'articolo risultava perciò anonimo, ma identificabile (28).

L'anonimà degli articoli doveva però pesare a Roesler, che aveva lasciato la Germania in modo traumatico e che, quindi, nutriva il legittimo desiderio di far conoscere in patria l'importanza della posizione assunta nel lontano impero giapponese. Nell'articolo in cui viene descritta l'accoglienza riservata dalla corte giapponese al principe Heinrich di Prussia egli lancia perciò un segnale al lettore e si prende

(26) Roesler a Cotta, Tokyo, 19 settembre 1879, conservata nel Cotta Archiv, Deutsches Literaturarchiv, Marbach am Neckar.

(27) *Ivi*.

(28) Per alcuni periodi esistono elenchi dei corrispondenti e dei relativi simboli (Siglen). Ad esempio, il *Verzeichniß saemmtlicher Correspondenten der Allgemeinen Zeitung nach Laendern geordnet, mit Namen und Ortsregister im October 1845* è un quadernetto ms le cui pagine sono divise in sei colonne: Laender, Staedte, Zeichen (cioè il simbolo dei corrispondenti) Namen, Honorar, Bemerkungen. A p. 18, la voce «Asien» elenca solo «Ostindien» (con Calcutta e Bombay) e «China» (con Victoria, Canton, Macao). Anche le tre facciate ms intitolate *Correspondenten und Feuilletonisten der Allgemeinen Zeitung 1856* ignorano il Giappone. Per epoche successive non esistono più elenchi di questo tipo.

la rivincita di attribuirsi quei riconoscimenti che, in patria, gli erano stati negati. Al ricevimento ufficiale — egli scrive — «v'erano principi, ministri, ammiragli, generali, diplomatici e alti ufficiali e funzionari d'ogni tipo; tra gli stranieri presenti si trovava anche il dr. Hermann Roesler, già professore di scienze dello Stato all'università di Rostock, che nello scorso dicembre è venuto qui dalla Germania e che da più mesi ha un'importante posizione nel Ministero degli affari esteri. Anche il Principe Heinrich si era presentato nell'uniforme di sottotenente della marina tedesca [...]» (29).

Il Cotta-Archiv conserva altre due lettere di Roesler, scritte da Tokyo nel 1880 e nel 1881 (30). Esse hanno un'importanza puramente contabile; anzi, devono la loro conservazione proprio al fatto di costituire una prova delle disposizioni impartite all'editore e da esso eseguite. Non a caso la lettera del 1879, da cui sono state ricavate le osservazioni precedenti, si è salvata grazie alla passione collezionistica di Otto Braun; altrimenti sarebbe andata distrutta perché irrilevante per l'amministrazione della casa editrice.

In questo modo inizia una collaborazione giornalistica che, nell'arco di due anni, offrirà ai lettori tedeschi ben trenta articoli sulle trasformazioni del Giappone nell'epoca Meiji.

5. Conclusione.

Dopo l'intensa collaborazione degli anni 1879 e 1880, la «Allgemeine Zeitung» non pubblica più alcuno scritto di Roesler, né le lettere del Cotta-Archiv o altre registrazioni editoriali menzionano il suo nome. Questa interruzione coincide probabilmente con l'intenso lavoro di Roesler per la preparazione della costituzione giapponese del 1889 e con la preminente importanza che Roesler andava assumendo rispetto agli altri consiglieri stranieri.

Infine, il rientro in Europa nell'aprile del 1893 e la morte a Bolzano già il 2 dicembre 1894 non gli concessero il tempo di riprendere la collaborazione alla «Allgemeine Zeitung», ammesso che ne avesse il desiderio. Infatti le sue ultime energie erano interamente dedicate all'opera *Die deutsche Nation und das Preußentum*, in cui ritorna l'atteggiamento antiprussiano già espresso nell'articolo del 1877, col quale iniziò la sua collaborazione alla «Allgemeine Zeitung».

(29) Hermann ROESLER, *Berichte aus Japan*, hrsg. von Mario G. Losano, Unicopli, Milano 1984, p. 10.

(30) Roesler a Cotta, Tokyo, 4 agosto 1880 e 18 febbraio 1881, conservate nel Cotta Archiv, Deutsches Literaturarchiv, Marbach am Neckar. Esse trovano puntuale rispondenza nei libri contabili: *Honorar-Conti Nr. VI. Von 1877 bis 1884. 8 Jahren. Le registrazioni su Roesler sono a p. 261.*

APPENDICE I

[Von Roesler zu Cotta]

Rostock, den 12. December 1877.
[Eingangsvermerk] 18.12.

Hochgeehrter Herr!

Die in ältererwie neuerer Zeit auch dem staatswissenschaftlichen Fache zugewendete Richtung Ihrer Hochgeschätzten Verlagshandlung und der weitverbreitete Ruf derselben lassen mich wünschen, zu Ihnen in ein Verlagsverhältnis zu treten. Ich möchte mir daher ganz ergebenst erlauben, Ihnen im Folgenden einen Verlagsantrag zu machen, dessen geneigte Annahme mir sehr erwünscht sein würde. Ich bin nämlich gesonnen, «Vorlesungen über Volkswirtschaft» herauszugeben, wie ich sie nun, in fortwährender Umarbeitung, seit 16 Jahren [1/2] an hiesiger Universität gehalten habe. Der Inhalt derselben erstreckt sich überdas ganze herkömmliche Lehrgebäude der Nationalökonomie, sodass das Buch auch die Stelle eines Lehrbuches vertreten kann. Dort halte ich die Form des fortlaufenden Vortrages für zweckmässiger, als die gewöhnliche Lehrbuchform mit kurzen Paragraphen und Anmerkungen, und es wird diese Form auch für das allgemeine Verständniss und für die einfache Lecture ausserhalb der gelehrten Kreise geeigneter sein. Ich halte ein solches mehr an die ganze Nation wendendes Buch für durchaus zeitgemäss, da zur Zeit kein anerkanntes Lehrbuch der Nationalökonomie mehr existirt und auch der neuere Versuch Wagners, das Rau'sche Lehrbuch umzuarbeiten kaum als gelungen gelten kann. [2/3].

Bei der jetzigen Krisis, in welcher sich die Nationalökonomie als Wissenschaft befindet, und bei der vielfachen Verfahrenheit und Haltlosigkeit der volkswirtschaftlichen Theorien und Ansichten dürfte der Versuch, ein aus allgemeinem Verständniss berechnetes Werk weiter eine Gemeinschaft volkswirtschaftlicher Überzeugung herbeizuführen und der Nation ein neues, dem heutigen Zustande der Wissenschaft entsprechendes Hilfsmittel der ökonomisch- und sozialpolitischen Belehrung zu bieten, gewiss gerechtfertigt sein, und da mein Name mit dem neuerlichen Umschwunge der Wissenschaft hauptsächlich verknüpft ist, so wird auch meine Autorschaft im voraus Vertrauen zu erwecken fähig sein. Es versteht sich von selbst[,] dass die Haltung eine streng wissenschaftliche ist und jede Hinneigung zu veralteten oder destructiven Tendenzen vermieden ist, wofür meine ganze Stellung in der deutschen Wissenschaft Bürgschaft bietet. Es schwebt mir der Gedanke einer ähnlichen Wirkung des Buches vor, wie sie ungefähr Liebig's chemische Briefe hatten. Wenigstens könnte ein solches Buch, gehörig eingeführt und vertreten, leicht in weitere Kreise Eintritt erlangen und auch im Auslande seinen Weg machen. Ich bemerke nur noch, dass das Buch den durchschnittlichen Umfang eines Lehrbuches haben wird, und dass der Druck nach Neujahr beginnen könnte. Hinsichtlich der Bedingungen würde ich Ihrer einsichtigen Beurtheilung vertrauen und nur bemerken, dass ich ausserordentliche Anträge dessfalls nicht zu stellen hätte. Indem ich Ihrer gefälligen Rückäusserung entgegen sehe, zeichne ich

in grösster Hochachtung
und ganz ergebenst
Prof. Dr. H. RoeslerAn die
J. G. Cotta'sche
Buchhandlung in Stuttgart.

[Gelehrten-Copierbuch IX., SS. 569-570;
von Cotta zu Roesler]

Prof. Dr. H. Roesler in Rostock.

19.XII.77

geneigtes Schreiben vom 12. d. M., in welchem Sie uns Ihre «Vorlesungen über Volkswirtschaft» zum Verlag anbieten die Güte hatten, haben wir erhalten und mit gebührendem Interesse von Ihrem Plan Kenntniß genommen. Wir haben indessen in Erwägung zu ziehen, daß bereits Prof. Roscher's System der Volkswirtschaft in unserem Verlage erscheint und wir unmöglich diesem berühmten und so gangbaren Werke in Ganzen oder einem [569/570] seiner Theile Concurrenz [sic] bereiten dürfen, und dann sind wir zur Zeit mit den Vorbereitungen eines grossen Unternehmens beschäftigt, das, hoffentlich mit Anfang März in die Oeffentlichkeit tretend, auf Jahre unsere Thätigkeit vollauf in Anspruch nehmen wird. [Durchgestrichen: Ihnen doch für das uns bewiesene ehrenvolle Vertrauen] Müssen wir somit zu unserem Bedauern von einer Erwerbung Ihres Manuscripts absehen, so sind wir Ihnen doch für das uns bewiesene ehrenvolle Vertrauen sehr dankbar und indem wir die höfliche Bitte aussprechen, Ihr schätzbares Wohlwollen uns auch für die Zukunft zu erhalten, zeichnen etc. etc.

[Von Roesler zu Cotta]

Rostock, 24. Dec. 1877.

[Eingangsvermerk] 27.12.

Hochgeehrter Herr!

Da ich aus Ihrem gefälligen Schreiben entnehmen muss, dass hauptsächlich die Rücksicht auf das Roscher'sche Lehrbuch Sie abhält, ergebenst erlauben, in dieser Hinsicht mich noch etwas vollständiger auszusprechen. Ich glaube nämlich nicht, dass mein Werk dem Roscher'schen Buche Concurrenz machen wird. Wäre dies der Fall, dann hätte ich mich selbst nicht an Sie gewendet. Das Werk Roscher's ist ein Lehrbuch alten Stils und der alten Theorie. Diese Richtung [1/2] ist nun zwar wissenschaftlich überwunden, allein sie wird sich immer noch einige Zeit fortbehaupten, da wissenschaftliche Systeme immer nur sehr langsam, eigentlich nie gänzlich, untergehen. Unter allen Umständen wird das Roscher'sche Buch noch in Cours bleiben und sicher noch mehrere Auflagen erleben. Sein Credit im Publicum ist, im Bezug auf die alte Theorie, wohl durch nichts zu erschüttern und ich würde gar nicht daran denken, ihm von dieser Seite aus Concurrenz zu machen. Andererseits besteht aber auch im Publicum das Bedürfnis, die Wissenschaft in ihrem neuesten Stande kennen zu lernen. Ein Buch dieser Art existirt zur Zeit nicht. Meine eigenen Arbeiten sind meist in Zeitschriften zerstreut und ich bin schon mehrfach darum angegangen, ob sie denn nicht für sich buchhändlerisch zu haben [2/3] seien. Meine Absicht ist also nicht, das Roschersche Werk zu verdrängen; sie geht auf ein ganz anderes Bedürfniss. Dieses neue Bedürfniss besteht nach meiner Überzeugung in weiteren Kreisen, und es ist traurig zu sehen, dass die Verwirrung der sozialpolitischen Meinungen, und besonders die socialistische Verirrung, immer weiter um sich greifen. Beide Werke können also ganz neben einander bestehen; ich möchte sagen, sie ergänzen sich gegenseitig vom Standpunkte der Universalität der Wissenschaft. Denn wo die Wirkung des Roscher'schen Buches aufhört, würde mein Buch seinen Zweck finden. Überdies ist mein Buch auch in der

Form der Behandlung so verschieden, dass schon deshalb beide nicht in Parallele gezogen werden können. Auch wird es nur ein Band von mässigem Umfange werden, so dass es Ihren übrigen Unternehmungen wohl kaum [3/4] eine Störung bereiten würde.

Ich lege diesem Buche einige Bedeutung bei und wünsche daher im Interesse der Sache sehr, dass ihm auch ein bedeutender Verlag zu Theil werde, durch den seine Verbreitung gefördert wird. Ihr Weltberühmter Verlag würde mir in jeder Hinsicht dem Zweck des Buches angemessen scheinen. Deshalb bitte ich um gütige Entschuldigung, wenn ich wiederholt dieses verhältnissmässig kleine Unternehmen Ihnen zu empfehlen und Ihrer nochmaligen Erwägung vorzulegen mir erlaube. Ich darf wohl hoffen, dass Sie an der Sache so viel Interesse haben, dass Ihnen dies nicht lästig fallen wird.

In grösster Hochachtung zeichne ich
ganz ergebenst
Prof. H. Roesler

An die
J. C. Cotta'sche
Buchhandlung in
Stuttgart

[Gelehrten-Copierbuch IX., S. 574;
von Cotta zu Roesler]

Prof. Dr. H. Roesler in Rostock.

27.XII.77

haben wir für das geneigte Schreiben vom 24. d. M. sehr dankbar zu sein, wiewohl die Darlegung Ihrer Ansichten unseren Entschluß nicht ändern kann. Unser Verhältniß zu Herrn Geheimrath Dr. Roscher ist durch Verehrung und Dankbarkeit zu fest gegründet, als daß wir zu einem Unternehmen die Hand bieten könnten, welches dieselbe lockern dürfte und gerade Ew. Erklärung von einem inneren Gegensatz Ihrer Arbeit zu der des Geheimrath Roschers mahnt uns zu doppelter Vorsicht, die wir darin zu bekunden wünschen, daß wir Ihren zweiten Antrag mit dem Ausdruck aufrichtiger Dankbarkeit für Ihre Güte wiederholt ablehnen.

[Von Roesler zu Braun]
Foreign Office, Tokio 19. September 1879.

Hochgeehrter Herr Redakteur!

Ihre gefällige Zuschrift vom 28. Juli [1] habe ich vor einigen Tagen erhalten und danke Ihnen für die freundliche Aufnahme meiner Beiträge. Anliegend folgt ein weiterer Bericht mit. Mit dem Abdruck derselben ohne Nennung meines Namens, lediglich unter einem Korrespondenzzeichen [2], bin ich ganz einverstanden. Das Honorar bitte ich mir seiner Zeit per Wechsel zuzusenden. Für Sendungen an mich genügt meine obenstehende Adresse.

In grösster Hochachtung
Ihr ganz ergebenster
H. Roesler

Herrn O. Braun [³]
 Chef-Redakteur der A. A. Zeitung.

ANMERKUNGEN:

1. Der Brief vom 28. Juli 1879 ist in der Gelehrten-Korrespondenz des Cotta-Archivs nicht enthalten.
2. Korrespondenzzeichen: s. Text, Fn. 28.
3. Otto Braun (1824-1900), Chefredakteur der «Allgemeinen Zeitung» und Herausgebers des «Musenalmanachs», war auch Autographensammler. Dieser Brief stammt aus seiner Sammlung, die später im Cotta-Archiv aufgenommen wurde.

Tokio, 4. August 1880.

J. G. Cotta'sche Buchhandlung
 Herrn Carl Cotta in Stuttgart
 [von fremder Hand:] 1/10.80

Ihre gefällige Zuschrift vom 1/12 Juni 1880 [¹], wodurch Sie mir für literarische Beiträge zur Allgem[ainen]. Zeitung bis zum 31. März d. J. den Betrag von M. 747,50 zur Verfügung stellten, habe ich erhalten und erlaube ich mir auf Grund dessen die ergebenste Bitte an Sie, den genannten Betrag gefälligst auf meinen Namen *an das Komptoir der Reichs-Hauptbank für Wertpapiere in Berlin, Jägerstrasse 34/36* einzahlen zu wollen.

In vollkommener Hochachtung zeichnet

ergebenst
 Dr. H. Roesler.

ANMERKUNGEN:

1. Der Brief vom 1/12 Juni 1880 ist in der Gelehrten-Korrespondenz des Cotta-Archivs nicht enthalten.

Tokio, Japan, 18. Februar 1881.
 [von fremder Hand:] 14/4

[am Rande] 92:95 / abgesandt

Sehr geehrter Herr!

Indem ich den Empfang der mir am 15. Dec[ember]. [¹] zugesandten Honorarrechnung bestätige, erlaube ich mir die ergebenste Bitte [,] den mir darin zur Verfügung gestellten Betrag von M. 92.95 an die folgende Adresse: «Gerichts-Secretär Carl

Limpert, München, Angerstrasse Nr. 8, Hintergebäude» gefälligst per Postanweisung zu senden.

Etwaige spätere Honorare bitte ich jedesmal an die Reichsbank in Berlin auf meinen Namen einzahlen zu wollen.

Hochachtungsvoll

H. Roesler

J. G. Cotta'sche Buchhandlung
Herrn Carl Cotta
Stuttgart

ANMERKUNGEN:

1. Der Brief vom 15. Dezember 1881 ist in der Gelehrten-Korrespondenz des Cotta-Archivs nicht enthalten.

APPENDICE II

Il nome «Roesler» nel «Register der Mitarbeiter»

Alla fine del 1800 la «Allgemeine Zeitung» preparò un «Register der Mitarbeiter» manoscritto sulla base delle annotazioni che la redazione aveva posto in margine a ciascun articolo. Lo spoglio avvenne intestando una scheda al singolo nome e facendovi poi seguire l'anno e il numero della «Allgemeine Zeitung» in cui quel nome ricorreva.

L'attendibilità di questo indice è limitata non solo dal fatto che la redazione annotava il nome del destinatario del pagamento (il quale talvolta non coincide con l'autore), ma anche dal fatto che vi furono errori di registrazione della redazione, errori di lettura e di trascrizione del copista e, infine, casi di omonimia e di cognomi registrati senza prenomi. Questo registro, insomma, può costituire l'inizio, ma non certo la conclusione di una ricerca.

La schedatura di Roesler è, a questo proposito, esemplare.

Le quattro facciate di cui si compone questa scheda si aprono con il nome «Rösler». Seguono poi indicazioni di annate e di numeri della «Allgemeine Zeitung» che coprono un arco di quindici anni, dal 1867 al 1882. In realtà, però, gli articoli ivi indicati sono opera di cinque autori diversi.

In ordine di tempo si incontra anzitutto lo storico austriaco Robert Rösler (1836-1874), che fu professore a Lemberg, Graz e Vienna ⁽¹⁾.

Col 1871 sulla stessa scheda compaiono gli articoli da Washington scritti da Karl Röser, funzionario del Ministero del Tesoro degli Stati Uniti. Per un errore della redazione, però, accanto ai suoi articoli venne scritto il nome «Rösler». A questa grafia si attenne lo schedatore, che fuse le indicazioni su Robert Rösler con quelle su Karl Röser.

Quest'ultimo fece rilevare l'errore con una lettera scritta a Cotta all'inizio de 1873: «Lei indica il mio nome erroneamente con Rösler, invece che con Röser, il che mi crea molte difficoltà nell'incasso dei suoi pagamenti» ⁽²⁾.

A partire da questo momento la contabilità tiene conto dell'indicazione, correggendo l'intestazione già esistente e aprendone una corretta per nuovi articoli ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Una biografia di questo studioso si trova in *Österreichisches Biographisches Lexikon 1815-1950*, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, 1986.

⁽²⁾ Karl Röser a Cotta, 15 febbraio 1873, f. IV, conservata nel Cotta-Archiv, Deutsches Literaturarchiv, Marbach am Neckar.

⁽³⁾ *Honorar-Buch Nr. V. Von 1869 bis 1876*, S. 198: nella registrazione intestata a Karl Röser si vede chiaramente che in origine il nome era «Rösler»; poi la «l» venne

Anche la redazione si adegua alla grafia corretta del nome, però gradualmente e con ricadute. Il risultato è che nella scheda «Rösler» si rarefanno i testi di Karl Röser di Washington, mentre a partire dal 1874 essi si addensano nella scheda «Röser», che in precedenza recava la sola indicazione di un articolo del 1858.

Probabilmente anche la scheda «Röser» unifica più autori. Il sospetto è giustificato dalla quantità di articoli (7 facciate) che coprono un arco di 34 anni, dal 1858 al 1892. Ma limitiamoci alla sola scheda «Rösler», che già offre abbastanza filo da torcere.

Poiché con il 1877 inizia la sua collaborazione anche Hermann Roesler, la confusione assume dimensioni trascontinentali: infatti le ultime annotazioni sull'erroneo Karl Roesler di Washington si confondono con gli articoli dell'autentico Hermann Rösler da Tokyo.

Il «Rösler» che compare nel 1881, infine, è il quarto ed ultimo della serie. Si tratta del Dr. Constantin Rössler, Consigliere Segreto a Berlino, che si occupa di politica interna. Il suo nome — scritto correttamente dalla redazione a fianco dell'articolo — venne interpretato in modo errato dallo schedatore. Anche gli scritti di Constantin Roesler del 1881 e del 1882 confluiscono così nella scheda «Rösler», mentre per altri esiste un'autonoma scheda «Rössler».

Quest'ultima contiene l'indicazione di quattro annate, di cui soltanto due — 1871 e 1884 — si riferiscono con certezza a Constantin Roesler. Nel 1865 viene pubblicata una breve nota economica da Francoforte con la nota redazionale «F. Rössler»: ci troviamo dunque in presenza di un autore diverso. Inoltre il 1881 non è nella sequenza corretta (viene infatti dopo il 1884) e al numero 331 la «Allgemeine Zeitung» non ho trovato articoli di alcun Roesler.

Infine, il rinvio alla «Allgemeine Zeitung» Nr. 172 del 1871 si fonda su un errore di lettura: l'affrettata grafia gotica ha fatto legge «Rösler» allo schedatore, là dove invece è scritto «Köhler». Si tratta di Johann Köhler, corrispondente da Trieste.

Si può ora riassumere schematicamente in che modo le schede di quattro autori vengono coinvolte nella ricerca su Hermann Roesler:

1) *scheda Röser*: elenca una buona parte degli scritti di Karl Röser da Washington, ma va integrata con le indicazioni che provengono dalla scheda «Rösler»;

2) *scheda Rösle*: non è un errore, ma è effettivamente l'autore di un'unica, breve corrispondenza musicale; la nota redazionale lo qualifica come «Director der Liedertafel»;

cancellata con sei trattini orizzontali, che la lasciano perfettamente leggibile. Nel successivo *Honorar-Buch* Nr. VI il nome è correttamente registrato come «Röser». Qui il nome risulta due volte, ma soltanto per evidente mancanza di spazio: giunto alla fine della pagina, il contabile scrive «Forts. oben» (continua sopra) e apre a metà pagina una nuova registrazione intestata a Karl Röser, seguita però dall'annotazione «w. unten» (come sotto). Si tratta quindi della stessa persona.

3) *scheda Rösler*: contiene tutti gli scritti di Hermann Roesler, misti a quelli di Robert Roesler di Vienna, di Karl Roeser di Washington e di Constantin Roeßler di Berlin, cui si aggiunge per errore un articolo di Köhler;

4) *scheda Rößler*: va integrata con le indicazioni provenienti dalla scheda Rösler.

Il confronto delle singole indicazioni di ogni schedatura con le annotazioni redazionali in margine ai singoli articoli, nonché l'ulteriore riscontro con gli Honorarbücher, consente ora di suddividere in cinque parti la scheda «Rösler» da cui eravamo partiti.

Delle schede così generate, solo quelle su Robert Roesler e su Herman Roesler son sicuramente complete. Invece le indicazioni su Karl Roeser e su Constantin Roeßler vanno fatte confluire nelle schede preesistenti intestate a questi nomi. Queste schede, a loro volta, necessitano un esame analogo a quello qui svolto sulla scheda Rösler. Anche il Köhler va ricondotto alla sua scheda.

Presso il Cotta-Archivio di Marbach ho depositato gli elenchi generati dallo spoglio della sola scheda Rösler. In essi per ogni articolo viene anzitutto indicato in epigrafe l'anno e il numero della «Allgemeine Zeitung» riportato sulla scheda Rösler; seguono poi le indicazioni bibliografiche e la trascrizione delle note redazionali. All'interno di queste ultime, le mie osservazioni sono racchiuse tra parentesi quadre.

ANDREA ORSI BATTAGLINI

«L'ASTRATTA E INFECONDA IDEA» (*)

Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica
(A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)

A Roberto Ruffili,
come per proseguire
un nostro vecchio discorso.

I

1. Qual'è il rapporto dell'odierno giuspubblicista con la storia? Con la storia che più da vicino lo riguarda, s'intende, con la storia cioè delle cose di cui parla, dei nomi che ad essa attribuisce, dei criteri idonei ad ordinare le une o gli altri, del modo in cui, intorno a tutto ciò, fare (se ed in quanto nutra tale aspirazione) «scienza» o «cultura»? Con la sua stessa storia dunque, come storia della sua tradizione disciplinare, del suo iter formativo, del suo atteggiarsi verso altre discipline e verso ciò che disciplina (o scienza, o cultura) certamente non è?

Tra libri recenti, usciti dalla scuola fiorentina di storia del pensiero giuridico moderno (e non a caso dunque, attraversati, pur nella diversità di oggetti e di stili, da comuni trame di discorso) ripropongono queste domande (certo non nuove) con una efficacia e una incisività affatto singolari: forse per la vicinanza dell'arco temporale considerato, che investe la pur evanescente linea di confine tra discipline storiche e positive; forse per la consapevolezza che gli autori hanno della dimensione attuale dei temi trattati e per la loro attitudine a mostrare i luoghi e i modi in cui i due ordini di discorso possono proficuamente collegarsi; forse per i diversi percorsi di avvicinamento

(*) Le considerazioni svolte in questo lavoro sono state proposte come introduzione ad un incontro svoltosi a Cagliari nell'ottobre 1987 tra un gruppo di amministrativisti e gli autori dei libri in questione: incontro il cui scopo era quello di porre a confronto il lavoro dello storico del pensiero giuridico e del giurista positivo su un terreno in larga parte comune e di verificare le possibili interazioni tra le due prospettive disciplinari.

Malgrado la rielaborazione scritta e alcuni ampliamenti introdotti, tale introduzione intende mantenersi entro i limiti di questo genere letterario e aderente ai caratteri di informalità e «sperimentalità» dell'occasione in cui si è formata.

che nel complesso dei tre lavori emergono, quello geografico (dalla Germania all'Italia), quello cronologico (dal primo ottocento alla caduta del fascismo), quello sistematico (dalla teoria generale dello Stato alle tecniche di tutela delle situazioni soggettive).

Si tratta (enumerandoli nella combinazione di ordini appena accennata) dei lavori di Maurizio Fioravanti (Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco, Milano 1979), di Pietro Costa (Lo Stato immaginario; metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento, Milano 1986) e di Bernardo Sordi (Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo, Milano 1985).

Di fronte a titoli del genere il giurista positivo si pone, d'istinto, in un atteggiamento non propriamente «professionale», ma, se mai, «culturale», se non addirittura «archeologico»; si dispone cioè a recepire non specifiche indicazioni operative per il suo lavoro, bensì immagini suggestive, o magari affascinanti, ma separate ormai dal presente da invalicabili cesure.

Non mancano del resto negli stessi autori indicazioni in tal senso: Fioravanti chiude il suo libro dando conto del declino e accennando agli elementi di definitiva crisi di una cultura già incapace di cogliere i fermenti di trasformazione del proprio tempo; Costa fin dall'introduzione ci propone, con raffinata metafora, l'immagine di uno Stato che, come Icaro, sfuggito alla penna del suo narratore, esce dalle pagine dei giuspubblicisti, sale per avventurose vicende «reali», ridiscende e cade; Sordi è meno incline a dare per esaurita l'«autoritaria» vicenda della giustizia amministrativa, ma il lettore è certo portato dal testo a ricavare una impressione di grande distanza che separa ormai dalle sue origini il nostro attuale sistema.

Libri «di storia», dunque? Così parrebbe: ma, a lettura conclusa, l'atteggiamento iniziale risulta non poco mutato; anzi subisce una radicale inversione il cui senso vorrei anticipare fin d'ora.

2. La cultura, come ebbe a dire (per l'appunto) un grande storico, è l'insieme delle cose dimenticate: e nelle memorie rimosse, così come nell'atto del rimuoverle, si possono rintracciare illuminanti spiegazioni dei pensieri (e delle azioni) «consapevoli». Non solo: ma alcune rimozioni riguardano «vergogne» che, proprio e solo in quanto rimosse, ci esimono dalla relativa diretta responsabilità e, ad un tempo, ci consentono di considerare rispettabili (al di là di qualche secondario fastidio o, in taluni casi, di una acuta ma impotente sofferenza) pensieri e azioni dell'operare quotidiano che solo dalla loro occulta esistenza traggono origine.

Così (tra il serio e il faceto) viene da pensare nel ripercorrere le fitte interazioni tra filogenesi e ontogenesi della cultura dello Stato e del diritto pubblico nei tre ordini di svolgimento (spaziale, temporale e logico-giuridico) che gli autori ci propongono; riflessione mortifi-

cante, tanto per l'odierna giuspubblicistica quanto per il singolo lettore, in quanto entrambi (pur con diversa responsabilità) incapaci di fare emergere da soli i propri fantasmi; ma anche (almeno per il singolo) liberatorie, per averne, pur con aiuto esterno, finalmente individuato qualcuno.

Ma veniamo ai libri: anzitutto a quel che dicono, o meglio alla indicazione di alcuni punti soggettivamente prescelti entro una ricchezza di temi e di idee di cui sarebbe impossibile dare atto; e quindi, come speculare riflesso dal criterio di scelta, ad alcune considerazioni che essi sollecitano nel «senso» delle conclusioni anticipate.

3. Il lavoro di Fioravanti ci parla del nascere, del fiorire e del consolidarsi intorno al potere (nel frattempo) costituito, della scienza giuridica dello Stato nell'ottocento tedesco: storia di idee, quindi, di concetti e di sistemi dogmatici che conquistano una loro autonomia dalla tradizione privatistica, ma anche storia di giuristi, di un ceto di intellettuali dotato di una salda egemonia di mediazione culturale, avvertito dei nuovi compiti a cui lo chiama la realtà politico-sociale e ben determinato a costruire strumenti adeguati a ordinare e governare il processo storico e idonei a riproporre ruoli e funzioni del ceto medesimo.

Le grandi coordinate culturali entro le quali questa vicenda si svolge (e destinate, come vedremo, a valicarne i confini di spazio e di tempo) vengono fin dall'inizio chiarite e tornano come motivi ricorrenti in tutto il suo svolgimento: e sono il netto, persistente rifiuto della cultura politica dell'illuminismo e, specularmente, l'altrettanto costante dominio dell'organicismo. L'autore ci conduce nel vivo di molti dibattiti, ed anche di accese polemiche, tra i protagonisti della emergente giuspubblicistica tedesca, ma il campo entro cui questi operano resta sempre rigorosamente segnato entro questi confini, che per un verso qualificano il fondamento e il segno della cultura vincente e per l'altro condannano all'impotenza la pur variegata, ma rispetto ai dati di fondo, sostanzialmente omogenea, componente «liberale».

Rifiuto della cultura illuministica significa essenzialmente rifiuto del giusnaturalismo, dell'autonomia-originarietà dei diritti individuali «dichiarati» dalle rivoluzioni borghesi, del contrattualismo come fonte di legittimazione del potere, della sovranità popolare espressa nelle rappresentanze politiche come istituto centrale e dominante nella struttura dello Stato. A ciò si aggiunge l'incapacità di cogliere il senso più «moderno» di quella fondamentale dicotomia Stato-società civile che consegue alla dissoluzione degli Stände, alla perdita cioè della loro diretta rilevanza costituzionale e alla loro riduzione alla sfera dell'economico: incapacità di tenere per ferma l'alterità dei due termini e di delinearne conseguentemente i rapporti; di raffigurare la società civile come realtà contraddittoria e conflittuale di fronte a cui lo Stato si pone come soggetto e strumento di intervento e di mediazione.

Non mancavano, invero, nella cultura tedesca del tempo, solidi presupposti per una simile impostazione: nel sistema hegeliano, anzitutto, che, lungi dal poter essere appiattito su una contrapposizione tra Stato-eticità e società civile-disgregazione, contiene, secondo Fioravanti, molte premesse per la costruzione di una dottrina dello Stato che non isoli il proprio oggetto di indagine ma che muova dalla rilevazione dei dati inerenti allo sviluppo sociale; e, più specificamente, nell'opera di L. Von Stein, nella critica alla scienza giuridica, nella sua proposta metodologica per le scienze sociali, nella sua idea politica e scientifica di Stato come progetto e pratica di politica sociale.

Ma questa linea resta isolata e priva di sviluppo nella giuspubblicistica tedesca: è con lo storicismo e l'organicismo della scuola storica che questa deve fare i conti e solo all'interno delle sue fondamentali componenti potrà trovare le vie di una propria costruzione e di una propria identità. Semplificando oltre il lecito, anche solo rispetto alle molte versioni che di questa antica metafora circolano nel contesto considerato, si può qui assumere come organicistica ogni raffigurazione della società civile costruita sulla base dei predicati di originarietà, totalità e omogeneità: e nel dominante pensiero savigniano l'organismo è il Volk nella complessità della sua tradizione storica; nel Volkgeist, nell'ordine etico-giuridico, nella razionalità insita nei rapporti civili stanno l'origine e l'essenza del diritto; e dunque il compito della scienza giuridica è quello di attingere direttamente a questa realtà, di rappresentarla e concettualizzarla, di misurare rispetto all'obiettività e alla certezza in essa immanente l'arbitrio della prassi e dell'intervento del legislatore.

4. In questo quadro, in cui lo Stato appare come politica, come esperienza del contingente e dell'irrazionale, sembra non esservi posto alcuno per una sua concettualizzazione giuridica, per una teoria del diritto pubblico: eppure, una volta esauriti, politicamente e culturalmente, i deboli spunti innovatori presenti nel liberalismo, è *all'interno* di queste coordinate che la vistosa realtà del potere e dello Stato devono trovare la loro legittimazione politica e la loro identità giuridica.

Inizia così quella che potrebbe definirsi la lunga e (per molti aspetti) sorprendente marcia del Volk verso lo Stato: sorprendente perchè ancora nei primi anni '50 tra la concezione di un Ahrens dell'organismo come *innig verbundenes Ganzes* che, pur espungendo dal proprio campo visuale le contraddizioni sociali e persistendo nella polemica con la sovranità popolare, manteneva pur sempre la *Ordnung* prestatuale come terreno di resistenza all'assolutismo, e il pragmatico riconoscimento di un von Rochau della *Macht* come unica realtà esistente e come «unico senso» del diritto, non sembrano esservi punti di possibile comunicazione; lunga perchè non pochi nè agevoli sono i

passaggi da superare, le mutazioni da realizzare, le connessioni da stabilire.

Spicca in questo iter l'opera di Bluntschli, che prende ormai atto dall'avvenuta pacificazione tra principe e popolo, della tenuta della costituzione politica tedesca, dei compromessi in cui si traduce e della conseguente possibilità di avviare una sistemazione in istituti giuridici della volontà statale. Resta qui centrale il concetto di organismo e resta la sua vocazione antiassolutista, ma in una versione più complessa, protesa alla mediazione con il potere costituito, fino alla costruzione di punti di identità: la Costituzione non emana semplicemente dall'organismo ma si identifica con esso; il popolo e la sua Ordnung etico-storica non vivono di vita propria ma si realizzano nello Stato; e dunque la sovranità che essi esprimono è sovranità dello Stato. E, ancora, dell'organismo si stabiliscono, nell'unità, le articolazioni, le disuguaglianze, le gerarchie: il che significa che «naturalmente» l'organismo ha un capo e che gli individui, pur reintrodotti come volontà attive in questa unità, da essa dipendono in un rapporto di subordinazione che attiene tanto alla loro essenza quanto alla loro collocazione giuridica.

Può dunque restare fermo l'assunto liberale per cui la volontà del sovrano presuppone la sovranità, e non viceversa, e che la sovranità si imputa alla Costituzione-organismo: ma d'altra parte l'organismo è già strutturato, atteggiato a Stato, e il sovrano, come parte integrante e «naturale» di esso, appare come la massima espressione dei suoi principi e dei suoi valori. La Costituzione si stempera nella totalità dell'organismo consentendo così di parlare contemporaneamente di sovranità dello Stato, inteso come totalità dell'ordinamento giuridico e politico (organismo) e di sovranità del monarca che, pur essendo inserito in quell'ordinamento, è nel contempo il soggetto principe, l'unico capace di esprimere quella totalità nella quale egli medesimo si muove.

5. La figura centrale della giuspubblicistica tedesca, quella a cui si deve la svolta decisiva nella fondazione del diritto pubblico, è peraltro, per Fioravanti, Carl Friederich Von Gerber. Il suo *Über öffentliche Rechte* è coevo (1852) alla *Allgemeine Staatslehre* di Bluntschli e largamente convergenti risultano le rispettive concezioni organicistiche: ma quella identificazione-assorbimento della società civile nello Stato che per questi è punto di arrivo, per Gerber è solo il punto di partenza.

Egli avverte con particolare acutezza l'esigenza di una fondazione scientifica del diritto pubblico ed è, savignianamente, convinto che solo il diritto privato, come modello della dimensione stessa del giuridico, possa fornire il principio per procedere in tal senso: tale principio consiste, nel diritto privato, nella astrazione del soggetto-persona giuridica che instaura, sulla base della sua volontà preventi-

vamente ordinata in schemi giuridici, un rapporto di dominazione con un oggetto. L'opera del '52 non riesce a individuare nulla di analogo nel campo pubblicistico e la teoria dei diritti pubblici soggettivi viene fondata sulle situazioni giuridiche privatistiche: ma questo «punto focale» viene raggiunto nei Grundzüge del 1865, ed è la personalità giuridica dello Stato.

È sempre il Volk savigniano a costituire il riferimento di base, ma si afferma ora che «nello Stato un popolo trova la disciplina giuridica della sua vita collettiva, in esso un popolo giunge ad essere riconosciuto, a valere giuridicamente come una unità etica totale». La tradizione organicistica non viene dunque rinnegata ma assunta a fondamento di un secondo livello di analisi, ad essa sconosciuto, quello giuridico: da un punto di vista «naturale» cioè lo Stato continua a identificarsi col popolo come collettività etico-politica ma giuridicamente «in esso il popolo assurge, nel suo insieme, alla coscienza e alla capacità di volere richiesta dal diritto; in altre parole in esso il popolo consegue la personalità giuridica.

Lo Stato, custode e rivelatore di tutte le forze del popolo che sono tese al compimento etico della vita collettiva è la suprema personalità di diritto che l'ordinamento giuridico conosce...; la forza di volontà dello Stato è la potestà di imperio».

Il punto che mi sembra di maggior rilievo nella lettura di Gerber proposta da Fioravanti è la stretta continuità, e, vorrei aggiungere, consequenzialità tra organicismo e statalismo: in quanto organismo sociopolitico identificato col popolo lo Stato è «totale» e in quanto «totale» è autonomo, non dipendendo la sua volontà da alcuna forza esteriore («politica» o comunque parziale). La sovranità è dunque direttamente imputabile ad esso e va intesa come capacità di trovare (giuridicamente) in sé i motivi del proprio agire. È errato quindi contrapporre un «autoritarismo» di Gerber a un vecchio organicismo tendenzialmente «partecipativo» perché, come mostra acutamente Fioravanti, dal Volk organicistico, sia esso limitato a raffigurare l'omogeneità della società civile, sia esso assunto a substrato «genetico» dello Stato, sia esso identificato e assorbito nella personalità giuridica di quest'ultimo, non nascono comunque tensioni partecipative, che hanno senso solo se correlate a una soggettività autonoma, dialettica rispetto allo Stato, a quanto cioè l'intera giuspubblicistica tedesca ha costantemente rimosso dal proprio orizzonte.

Ma altrettanto errato sarebbe distaccare in direzione opposta Gerber dalla tradizione, vedendo nella sua costruzione tendenze modernizzanti verso la teoria dello stato nazionale borghese o addirittura venature democratizzanti. I Grundzüge escono nel bel mezzo della crisi bismarckiana e pur nella loro autonomia scientifica certo sono espressione del clima complessivo del periodo storico.

Tra organicismo e statalismo non c'è dunque soluzione di conti-

nuità, bensì stretta coerenza. Ciò che può apparire come un «salto» o una cesura è in realtà solo l'ingresso nella dimensione scientifica del giuridico, entro la quale lo Stato si svincola dalla sua fondazione organicistica per apparire come principio informatore del sistema: sistema in cui, dogmaticamente, il popolo, nei suoi singoli membri, non può che porsi nella rovesciata posizione di oggetto del potere statale, in cui i diritti pubblici soggettivi non possono che porsi come effetti riflessi di quel potere, in cui l'organo supremo dello Stato-totalità del popolo non può essere che il monarca mentre le Camere si collocano in posizione subordinata, parziale e collaborativa, in cui infine non è concepibile tutela giurisdizionale contro lo Stato (e quindi esterna ad esso) ma solo amministrativa, interna.

È vero che dell'organicismo classico Gerber rifiuta quella idea di Ordnung etico-giuridica dominante l'intera vita collettiva, e quindi anche l'attività dello Stato; è vero cioè che alla sequenza Ordnung-legge-Stato egli sostituisce quella Ordnung-Stato-legge, ma ciò significa soltanto isolare la determinazione giuridica essenziale dei poteri dello Stato, senza che ne risultino negati quei predicati di totalità e omogeneità che qualificano il sistema; e significa anche riaffermare e rilanciare il ruolo della scienza giuridica che per un verso acquisisce piena autonomia di metodo scientifico, per l'altro si ripropone come unica esperienza consapevole di tutto il processo, di tutta quella «ininterrotta catena» di cui la legge è solo un momento e un aspetto.

6. Devo qui tralasciare, per ovvi motivi, tutta la pur stimolante discussione sul dopo-Gerber, che Fioravanti ci presenta come una parabola discendente, segnata dalla svolta «formalistica» di Laband, dalla debolezza dei suoi oppositori, dalla insufficienza del pur complesso e consapevole tentativo di G. Jellinek: vorrei però ancora sinteticamente ricordare alcuni punti di centrale rilievo per l'immagine di Stato con cui abbiamo ancora a che fare.

In primo luogo, mentre in Gerber era ancora presente il Volk come sostrato fondante l'autonomia e la centralità dello Stato, Laband lo abbandona del tutto, osservando lo Stato come realtà acquisita che trova se mai altrove la sua legittimazione; la Costituzione, che fino a Gerber compreso era stata sempre considerata come un insieme di Grundbegriffe sovrastanti al diritto positivo e custoditi dalla scienza giuridica, diventa ora Willensakt dello Stato, a discrezione di tale volontà modificabile, con la conseguente riduzione del ruolo dei giuristi a quello di esegeti del diritto vigente.

Ma l'aspetto più «forte» del pensiero labandiano è la sua raffigurazione della Verwaltung, intesa allora come l'insieme dei poteri (monarca, governo, burocrazia) cui è affidata la cura degli interessi dello Stato: raffigurazione che trova un evidente nucleo di condensazione nella crisi del '62-66 relativa all'approvazione del bilancio. Il conflitto insorto tra monarca e camere era stato risolto da Bismarck

sulla base della c.d. teoria delle lacune: contro l'idea dominante che la Costituzione, espressa dalla totalità dell'organismo sociale e politico, dovesse sempre fornire una soluzione giuridica dei conflitti, questi aveva affermato che lacune potevano ben sussistere e che, nell'assenza di una regola costituzionale specifica, la prevalenza dell'uno o dell'altro organo costituiva un puro fatto. La Costituzione è solo un compromesso tra forze sociali e politiche e quando il compromesso non funziona «chi ha il potere nelle sue mani procede a suo modo perchè la vita dello Stato non può arrestarsi neppure per un istante». Da un lato dunque il puro fatto (*Macht*) con cui si identifica l'essenza ultima dello Stato; ma, come rovescio della stessa medaglia, un nuovo principio fondante: l'emergenza, la necessità.

Già nel famoso lavoro del '71 sul *Budgetrecht* e poi nello *Staatsrecht* del '76, Laband riprende con forza questi temi che si presentano come un necessario contrappeso all'abbandono delle dirette premesse organicistiche.

L'essenza dello Stato (dello Stato come *Verwaltung*) sta nello svolgimento dei suoi compiti, nella cura degli interessi pubblici: la *Verwaltung* è «eine ewige» e dura quanto dura lo Stato: nessuna regola costituzionale può fermare lo Stato nella sua attività. Di qui la teoria della legge in senso soltanto formale, come *Verwaltungsakt* su cui le camere non hanno sostanziale ingerenza; di qui la concezione della *Verwaltung* come *freie Tätigkeit* che si svolge non in esecuzione ma nei limiti, cioè «senza lesione» della legge.

Fattualità e necessità si fondono, in definitiva in una visione dello Stato-*Macht*, dello Stato-*Verwaltung* completamente autolegittimato nella sua stessa essenza, svincolato non solo da ogni riferimento al Volk savigniano ma anche dalla Costituzione, dalla legge, dalle camere, da ogni agente esterno alla propria conchiusa identità.

Se però questa immagine, autonomamente considerata, appare certamente nuova e diversa, collocata nel globale processo culturale che la genera mostra ancora una sotterranea ma innegabile omogeneità con i suoi precedenti. L'antica idea dell'organismo totale, indefettibile ed essenziale, dell'organismo «naturalmente» ordinato in una scala di disuguaglianze, «naturalmente» unificato da un vertice gerarchico, da un capo, «naturalmente» precedente le sue manifestazioni individuali, se perde la sua funzione fondante sul piano etico-storico e nel contesto di più estesi confini naturali del «giuridico», riappare adesso come trascritto in un linguaggio più rigoroso e autosufficiente e continua a proiettare integra sulla nuova costruzione il suo ordito logico-sistematico essenziale.

7. Non so se le impressioni ricavate da questa «metalettura» della giurispubblicistica tedesca siano giuste o sbagliate: ma certo non sarebbero le stesse se alla lettura del libro di Fioravanti non si fosse accompagnata, in stretta contiguità, quella de *Lo Stato immaginario* di

Pietro Costa, libro che, pur accomunato al primo da una sostanziale identità di problemi trattati (società civile, organismo, popolo e Stato sono indiscussi protagonisti della giuspubblicistica italiana così come di quella tedesca) se ne differenzia sensibilmente per l'impianto metodologico e fornisce un criterio di lettura che, essendo alternativo ma non incompatibile con quelli più consueti (e risultando in sé del tutto convincente) si sovrappone inevitabilmente ad essi.

Digiuno di epistemologia e di semiotica non posso che, assai riduttivamente, condensare alcuni punti chiave di tale metodo. Il primo sta nella delimitazione dell'oggetto, identificato nei testi, o meglio nella «testualità» giuspubblicistica italiana tra otto e novecento: delimitazione che peraltro, ben oltre i suoi termini spazio-temporali intende isolare la testualità in quanto tale analizzandone la struttura discorsiva; e ciò significa non solo prescindere dal più ampio contesto storico-politico in cui si colloca, ma rinunciare (in larga misura) a coglierne lo stesso interno movimento diacronico. La molteplicità dei testi viene così assunta come un insieme la cui compattezza è data in prima approssimazione dall'oggetto (dei testi medesimi) nonché dell'approccio disciplinare ma che, ad una più approfondita percezione, risulta da un rinvio circolare tra disciplina, oggetto e testo. In altri termini la giuspubblicistica italiana può considerarsi come un insieme non solo e non tanto perché parla dello Stato ma in quanto ne parla in un modo per cui può qualificarsi come giuspubblicistica.

Questo assunto centrale viene anzitutto chiarito attraverso la critica alla lettura «realistica» del testo, normalmente fondata su un indebito scambio tra struttura del testo e struttura della realtà, su un giuoco di specchi per cui: *a*) si coglie la struttura del testo (ad esempio la relazione Stato-società civile); *b*) si attribuisce implicitamente ad essa lo statuto di struttura della realtà (politico-sociale); *c*) si ritorna al testo in una lettura che apparentemente procede attraverso la composizione di due linee (testo, 'realtà') ma in effetti deduce la seconda dalla prima, per surrettizia duplicazione, e a questo punto instaura la comparazione come se ciascuna di esse avesse fin da sempre una sua propria autonomia e consistenza.

A questo schema viene contrapposta la tesi per cui è il testo a costituire come realtà il proprio oggetto: referente del testo non è immediatamente la 'realtà' ma la realtà del (nel) testo. Oltre il testo vi è certamente una massa imponente di informazioni, che peraltro non sono riducibili a forma unitaria di teoria che individui la struttura «vera» di una 'realtà' extratestuale: lo stesso testo si protende verso le interazioni sociali e politiche ma «esiste solo in quanto costituisce di fronte al caos delle interazioni non strutturate l'ordine, il proprio ordine complessivo, la propria 'realtà' strutturata». E dunque oltre il testo c'è, se si vuole, la 'realtà': «essa però, per il lettore che riconosca al testo il suo ruolo costitutivo e 'creativo', deve essere riconsegnata

a quel ' disordine ' che l' ' ordine ' del testo presupponeva nel momento in cui lo trasformava nel suo contrario».

8. Il primo livello di costruzione dell'oggetto disciplinare (o se si preferisce, la cornice o condizione esterna entro cui questa si compie) è quella delle immagini antropologiche e sociologiche utilizzate. Il libro si apre, anzi, con una loro rassegna che mostra una evidente sintonia con quelle che abbiamo visto circolare nella tradizione tedesca: anche in Italia domina il rifiuto della «astratta e infeconda idea di individuo» che, lungi dal poter assumere un ruolo primario e fondante «si ha da tenere come ultima concrezione ed efficacia dello Stato e della società» (Persico 1875); anche qui l'antica metafora dell'«organamento» del mondo fisico e di quello umano dispiega le sue varianti e i suoi aggiornamenti tenendo fermo il suo centrale assunto della priorità dell'organo sull'individuo, che in tanto esiste e si realizza in quanto si rapporti, si subordini, si identifichi col tutto in una «stupenda ginnastica di sacrificio» (Capograssi 1918); anche qui la società non è, meccanicisticamente, somma di individui ma «combinazione, ente distinto dalle parti componenti», i cui caratteri non sono deducibili da quelli dell'individuo (Vanni 1904); anche qui l'organo sociale si ordina in modo verticale, gerarchico, autoritario, sul fondamento della naturale disuguaglianza e della necessaria cooperazione.

Tali enunciati sono, per Costa, parte essenziale della matrice disciplinare giuspubblicistica in quanto costituiscono presupposto e «binario» del discorso; ma non dicono ancora molto sulla procedura da esso seguita per la costruzione del proprio oggetto. E qui si inserisce una seconda premessa metodologica, cioè la critica alla lettura «lineare» del testo. Tale lettura consiste nel seguire lo sviluppo delle sequenze enunciative nell'ordine in cui il testo (il singolo testo o la testualità complessiva) le propone: occorre invece individuare la struttura del testo distinguendo diversi piani o strati uniformi di luoghi del testo medesimo, livelli omogenei di significazione, «isotopie». In questo senso la prima operazione è quella di capire qual'è il punto di gravitazione degli enunciati, la condizione del loro funzionamento nel discorso, il «campo teorico» di questo; si tratta poi di vedere il modo in cui gli enunciati si dispongono e si ordinano entro tale campo in relazioni astratte, in «modelli». Solo a questo punto si può tornare agli enunciati, a vedere cioè cosa il testo dice: ma, raggiunti su queste premesse, gli enunciati stessi risultano selezionati e ordinati in strategie discorsive non necessariamente corrispondenti a quelle di una immediata lettura.

Con riferimento ai testi considerati ciò si traduce nell'assunto che il campo teorico della giuspubblicistica è dato dalla relazione Stato-società civile: relazione che può assumere caratteri diversi e che può essere anche negata ma che comunque mantiene la sua funzione di struttura di significazione soggiacente ad ogni tipo di organizzazione

degli enunciati. 'Stato' e 'società' dunque non sono da soli i titoli dei principali gruppi di enunciati giuspubblicistici: sono piuttosto i termini di una relazione che non si pone sullo stesso piano di esistenza degli enunciati ma costituisce la loro sottostante condizione di funzionamento del discorso. Ed è questo campo teorico, invariante nella sua struttura bipolare, a garantire l'unità e la continuità della testualità giuspubblicistica, a sancirne un limite di pensabilità, una necessità storico-epistemologica.

Quanto ai modelli Costa ne fornisce una classificazione fondata appunto sul diverso rapporto tra i due poli del campo teorico, rapporto di equilibrio (dualistici) o di prevalenza (monistici socio-o statocentrici), con l'ulteriore variabile della sostituzione di «società» con «popolo». Ma è certamente il modello monistico statocentrico a dominare la scena: è questo l'asse portante della giuspubblicistica italiana nel periodo considerato.

Uno dei risultati più vistosi di un simile criterio di lettura e di questo tipo di fondazione dell'autonomia disciplinare (risultato non solo astrattamente dedotto ma analiticamente dimostrato) consiste nel rilievo che i tempi del percorso disciplinare non corrispondono a quelli del quadro ideologico generale; e ciò non tanto nel senso di una sfasatura dovuta alla necessità, per la giuspubblicistica, di tradurre nel proprio linguaggio il mutamento ideologico, ma, più radicalmente, perchè da un lato più «modelli» possono riportarsi all'una o all'altra ideologia e, dall'altro, uno stesso modello può attraversare ideologie diverse o addirittura antitetiche. La disciplina dunque, solidificata e identificata nella autoreferenzialità del proprio processo costitutivo, appare insuscettibile di evoluzione, impermeabile al «contesto»; restituendo dignità ad uno slogan di effimera fortuna potrebbe dirsi che la scienza dello Stato si abbatte, non si cambia.

Liberalismo e fascismo si presentano così, rispetto all'unità del referente e alla pluralità dei modelli, come variabili non primarie del discorso giuspubblicistico e comunque non corrispondenti a quelle interne alla disciplina: l'autonomia e la continuità di questa sono influenzate dal fascismo solo nel senso di una «esibizione» dell'ideologia che diventa dichiaratamente responsabile della scelta del modello senza toccare la modellistica in quanto tale, e tanto meno il campo teorico.

9. Se con questi cenni ho tentato di dare un'idea, parziale e approssimativa, del complesso strumento di indagine che Costa elabora, del tutto temeraria sarebbe la pretesa di dar conto dell'indagine stessa: attraverso questo raffinato sistema di lenti e di specchi la «testualità giuspubblicistica» italiana, pur in certa parte familiare al giurista positivo, rivela strutture, fisionomie, significati del tutto originali, spesso impensati, talvolta, certo, discutibili, in ogni caso acuti e stimolanti. Al di là delle immagini riconoscibili in base agli

schemi mentali comunemente recepiti, e costruiti in funzione della «lettura lienare», compaiono, in virtù dell'applicazione di questo programma ordinatore, strutture e strategie discorsive altrimenti invisibili, e dunque ricostruzioni nuove del pensiero dei singoli giuristi, ma soprattutto la determinazione di un punto fisso di forte efficacia cognitiva da cui osservare e analizzare omogeneità, diversificazioni, contrapposizioni. Mi limiterò a ricordare, di questa vastissima rivisitazione, alcune osservazioni sui due personaggi più importanti e frequentati dalla attuale cultura giuridica: Orlando e Romano. Del primo viene anzitutto sottolineata la piena adesione al clima antiindividualistico del tempo: la nozione di Stato non può precariamente dipendere dalla volontà del singolo o di una maggioranza ma deve essere riferita ad un «organismo che vive di vita propria»; ma, d'altra parte, la fondazione dello Stato su un concetto sociologico, anche se organicistico, di società porta a concepire il primo (secondo il modello sociocentrico) come momento terminale di uno sviluppo che parte dalla seconda, senza dunque connotarlo di caratteri peculiari e autonomi. Ed è qui che avviene, pur entro le comuni concezioni dell'uomo e della società, il salto metodologico e teorico di Orlando, la sua costruzione del modello statocentrico: la distinzione tra società e Stato «è affatto relativa al punto di vista scientifico da cui si considerano» e dunque una scienza dello Stato non può che assumere una autonoma, specifica nozione del proprio oggetto. La disciplina, come Costa ci aveva preavvertito, si identifica con la costruzione del proprio referente.

Scientificamente dunque 'Stato' è il «centro di gravitazione degli enunciati», misura della stessa identificazione dei «fatti»: e a questo risultato Orlando giunge professando in pieno il proprio savignismo e con operazioni che (anche se ciò non risulta documentato) mostrano un evidente parallelismo con il Gerber dei Grundzüge. I «fatti» del positivismo spenceriano vengono cioè trasmutati in fatti e istituti giuridici, rilevanti (o esistenti) solo in quanto conformati dal principio giuridico: e questo principio deriva dal «sentimento generale della comunità», dal «sentimento popolare»; 'popolo', non 'società' diventa così il vero polo opposto (a Stato) del campo teorico, con evidenti, e decisive, conseguenze. Se la categoria 'società', spiega acutamente Costa, consentiva una determinazione analitica delle azioni e interazioni sociali, 'popolo' funziona nel discorso proprio in quanto esclude una analitica indicazione dei suoi componenti, presentandosi come organica, inscindibile unità. Non solo: di fronte a una possibile dislocazione dualistica della relazione Stato-popolo, Orlando afferma risolutamente che queste sono solo «due facce, sinteticamente distinte, di un'idea essenzialmente unica», il che significa, viste le premesse, un netto spostamento del modello sul polo Stato.

La categoria 'società' dunque (come suscettiva di sviluppi analitici nel senso della pluralità e delle contraddizioni — si ricordi

l'analoga sfortuna di L. von Stein in Germania) scompare nella modellistica giuridica del politico; quella di popolo permette una rappresentazione organica e sintetica del sociale e «insieme, e per questo, la contrazione del sociale in statuale, l'occultamento del polo sociale dietro il polo statuale, centro, punto di gravitazione del modello». Essa consente di mantenere la struttura dualistica del referente, e svolge dunque l'essenziale funzione di rendere «pensabile» lo Stato come concetto correlato, o polo contrapposto, ma al tempo stesso è nozione visibile solo in quanto espressa e realizzata nello Stato.

E qui, a completare la costruzione, interviene la categoria 'diritto': conformemente alla tradizione savigniana l'endiadi società-popolo, prima di scomparire dietro l'involucro statuale, lascia, per così dire, una sedimentazione, che è, per l'appunto il diritto; la società-popolo, cioè, crea diritto *prima* dello Stato ma una volta creato quest'ultimo, «il diritto si radica, insieme allo Stato sul terreno fondante ma invisibile di popolo». Il diritto è così l'unica traccia dello scomparso polo sociale e quindi garanzia della duplicità del referente: da un punto di vista genetico o fondante 'diritto' è attratto dal polo sociale, in una sequenza popolo-diritto-(Stato); mentre nell'operare ordinante del modello gravita anch'esso nell'orbita del polo statuale, nella sequenza Stato-diritto-(popolo).

10. Al rapporto tra Orlando e Romano Costa dedica pagine tanto stimolanti quanto dense e complesse: e in effetti stanno qui, mi pare, i nodi teorici centrali. Nel tentativo di sintetizzarle (comunque accompagnato da un invito alla lettura diretta) si può dire che il problema comune, al cuore della costruzione del modello giuspolitico «vincente», era quello di armonizzare pienamente la struttura bipolare del referente con il carattere statocentrico del modello: necessario il secondo per una fondazione «scientifica» della disciplina, ineliminabile la prima sia per ragioni logiche (identificare lo Stato in relazione a un polo «altro») sia, e forse principalmente, per ragioni ideologiche (rivestire tale polo di una funzione in qualche modo fondante).

Orbene, negli schemi orlandiani ciò che resta irrisolto è proprio la tensione di 'popolo' tra area del sociale e area dello statuale, il nesso tra sequenza genetica e sequenza ordinante. Per un verso neutralizzata, nella sua accezione organicistica, rispetto a possibili sviluppi sociocentrici (o anche soltanto dualistici), la categoria 'popolo', nella sua funzione fondante, mostra comunque un residuo irriducibile a Stato; e lo stesso intervento di 'diritto', prodotto e succedoneo di 'popolo', non fa che spostare il problema. Le parentesi delle rappresentazioni «grafiche» di Costa evidenziano appunto l'occultamento dell'uno o dell'altro polo, secondo la prospettiva di considerazione.

E infatti è proprio della categoria 'popolo' che S. Romano si libera, sostituendola con quella di gruppo sociale e quindi procedendo, attraverso l'istituzione, verso l'ordinamento giuridico e il diritto.

«L'unità organicisticamente concepita di 'popolo' cede, osserva Costa, alla pluralità dei 'gruppi sociali'; contestualmente 'diritto' si precisa come 'ordinamento giuridico' ottenendo così due risultati: mentre 'popolo'... era connesso, ma distinto da 'diritto', i 'gruppi sociali' acquistano, sempre e comunque, esistenza e visibilità nel modello solo in quanto trasformati in 'diritto'-'ordinamenti giuridici'...: è il 'diritto' ('ordinamento giuridico') che, per un verso, come schema unico di rappresentazione, si pone di fronte allo Stato come polo 'altro' rispetto ad esso, mentre, per un altro verso, si situa in una linea continua con lo Stato grazie alla omogeneità della loro 'essenza'. 'Diritto' funge dunque da mediazione tra i due poli e proprio per questo si configura quella ambivalenza della teoria romaniana di cui tanto si è discusso e che Costa definisce come disponibilità astratta del modello ad essere percorso in entrambi i sensi, statocentrico e sociocentrico. Solo astratta peraltro, in quanto solo lo Stato è per Romano ordinamento originario e perfetto, e dunque solo dallo Stato si raggiungono in realtà le trascrizioni giuridiche del polo sociale: e dunque Romano è certamente anch'egli monista statocentrico, senza che ciò contraddica il suo pluralismo. Infatti 'monismo' connota l'orientamento complessivo del modello, la scelta di uno piuttosto che di due poli di gravitazione del discorso, mentre 'pluralismo' connota una possibile modalità rappresentativa del polo sociale della relazione».

11. Non posso, su questi temi che da tempo mi appassionano, non lasciare per un momento il piano dell'esposizione per accennare ad alcuni spunti di discussione. Seguendo la ricostruzione di Costa (sarebbe troppo pretendere, in questa sede, tornare ai testi) viene anzitutto il dubbio che i due modelli, pur nella loro diversità, non siano così distanti, e soprattutto che quello romaniano non risolva con quella efficacia che invece l'autore sottolinea con forza gli equivoci e le aporie di quello orlandiano. Se è vero cioè che quest'ultimo mostra il suo limite nell'incapacità di comporre in un sistema unitario la duplice tensione del problema (la fondazione scientifica e quella storico-ideologica, se così possiamo semplificare), da tale difetto non va esente, a mio avviso, neppure quello di Romano: Orlando, a un certo punto, deve introdurre un postulato che appare centrale nel suo pensiero: la funzione scientifica ordinante di «Stato» come prius della nozioni di popolo e di diritto. Postulato certamente lecito, anzi ineliminabile nella costruzione rigorosa di una disciplina, ma difficilmente conciliabile con la pretesa fondante che s'intende dall'altro lato conservare a popolo.

Ma è molto diverso, in ultima sostanza teorica, lo schema di Romano? Non quello astrattamente ambivalente, s'intende, ma quello determinato in senso monista statocentrico? Costa ricorda, esattamente, che la seconda parte de *L'ordinamento giuridico* è costruita intorno al carattere perfetto, superiore, *originario* dell'ordinamento Stato, contrapposto agli ordinamenti minori o *derivati*, e nota,

altrettanto esattamente, come solo in virtù di *questa* qualificazione si renda possibile una lettura univoca del modello. Ma dire che il diritto è una qualificazione del gruppo sociale in quanto ordinamento giuridico e aggiungere poi che tale dimensione si raggiunge solo dallo Stato non è forse, ripeto, in ultima analisi, equivalente a dire che il nesso genetico popolo-diritto assume significato scientifico solo se immesso nell'ambito ordinante della categoria Stato? L'originarietà dello Stato e la derivazione da esso degli altri ordinamenti giuridici non costituisce forse anch'essa un postulato che, pur proiettato su una diversa raffigurazione (pluralistica e non organicistica) del polo sociale, ha la stessa natura e funzione di quello orlandiano?

Nella sua pur così suggestiva analisi Costa evita di affrontare quella che a me pare l'intrinseca debolezza della maggiore opera teorica di Romano: la prima parte de *L'ordinamento giuridico* infatti non solo scinde l'unità organica di 'popolo' nella pluralità dei gruppi sociali, ma contiene un implicito quanto consequenziale sviluppo nella direzione del pluralismo giuridico, e quindi di una dimensione relativistica, nel senso che la superiorità/originarietà di un ordinamento è sì predicabile ma solo in base al criterio di qualificazione giuridica interno a ciascuno di essi: resta invece inspiegato il salto alla dimensione di assolutezza che permea la seconda parte e resta non determinato (perchè in realtà indeterminabile) il punto fisso, esterno e a sua volta superiore a (tutti) gli ordinamenti plurali, a cui rapportare una loro gerarchia.

Se questo è vero anche quello di Romano appare un tentativo debole di coniugare scienza e ideologia, ragione teorica e ragione pratico-politica: e tale debolezza, comune ai due maggiori sforzi della giuspubblicistica italiana in tal senso, introduce l'ipotesi che il difetto stia nella posizione del problema e dell'obiettivo. Ma su questo, e sulle eventuali alternative al modello statocentrico, tornerò tra poco.

12. Dalla dottrina dello Stato alla struttura e all'articolazione del sistema amministrativo, dai grandi sistemi alla esegesi delle norme, dal cielo della teoria al terreno, quotidiano conflitto tra potere pubblico e singolo cittadino: queste sono linee di raccordo e di completamento del disegno che il lavoro di Sordi consente di tracciare e che, sempre selezionando soggettivamente, vorrei ora porre in rilievo.

La formazione del sistema italiano di giustizia amministrativa, e in particolare della nozione di interesse legittimo, è materia che costituisce parte integrante, un po' per necessità, un po' per tradizione, del patrimonio formativo dell'amministrativista: storico e giurista positivo lavorano dunque, a questo proposito, in ambito strettamente condominiale: ma nè questo fatto, nè la quantità e qualità di studi che gli amministrativisti hanno prodotto sul tema, diminuiscono l'interesse di questo lavoro che non solo propone una sua precisa lettura e collocazione del problema ma, specialmente se considerato in una linea

di ideale continuità con i due precedenti, porta a mio avviso un notevole contributo «esterno» ad un tema che per certi aspetti, nell'ambito del diritto amministrativo, manifesta qualche sintomo di stanchezza e soprattutto di scarsa incisività innovatrice.

«Contesto» di storia politico-sociale, conformazione teorica e costituzionale dello Stato, costruzione dogmatica del diritto amministrativo sono le principali linee di analisi su cui Sordi innesta e ordina le tormentate vicende della giustizia amministrativa. Sotto il primo profilo viene sviluppata e documentata la tesi che vede i primi decenni dello Stato unitario pesantemente condizionati dalla ristrettezza e dalla instabilità della classe dirigente, dalla incapacità di superare questi limiti estendendone e consolidandone tempestivamente la base sociale, dalla diversa via intrapresa di consolidare invece le strutture dello Stato-amministrazione; processo, quest'ultimo, che verso la fine del secolo si rafforza in un quadro di socializzazione dello Stato, di ampliamento dei suoi compiti, di crescita della burocrazia. Riecheggiano significativamente, in questa vicenda, motivi già noti: la raffigurazione della società civile come caotico conflitto di interessi, la polemica contro i partiti e il parlamento, strumenti e sedi di queste spinte disgreganti, la necessità di difendere l'autorità e la continuità dello Stato, di uno Stato che resta saldamente potere, apparato, unità organica, refrattario ad ogni effettivo ingresso conformativo dei principi di rappresentanza politica e di legalità.

Il problema della giustizia amministrativa si presenta dunque come un aspetto specifico e significativo di quel progressivo smantellamento del progetto liberale «classico» di cui Fioravanti e Costa ci hanno diffusamente parlato e che pareva trovare ancora cittadinanza e forza nel clima politico-culturale dell'unità. Posto come problema di tutela della libertà individuale nei confronti dell'autorità, esso si andò rapidamente trasformando in questione costituzionale di rapporti tra Parlamento (legge) e potere esecutivo, in elaborazione di strumenti di difesa dell'autonomia dell'amministrazione dai partiti politici, di protezione delle funzioni pubbliche dalle tensioni e dalle pressioni del conflitto sociale.

Quali fossero le linee portanti del progetto liberale di giustizia amministrativa è ben noto e, secondo Sordi, esse possono rappresentarsi, in sintesi, nella distinzione, chiara e netta nella cultura della legge abolitrice del contenzioso, fra le sfere del rilevante e dell'irrilevante giuridico: fin dove giungeva il dominio della legge vi era diritto soggettivo e giurisdizione, al di là di questo confine iniziava la libertà dell'amministrazione; libertà analoga a quella privata, non toccata dalla legge e dunque sottratta ad ogni sindacato giurisdizionale ma, al più, sottoposta a istanze di riesame interne all'amministrazione stessa. Entro l'area di una siffatta libertà si esplica il potere discrezionale, concepito peraltro non già come espressione di un qualsiasi principio di

supremazia ma semplicemente come facoltà di scelta entro l'area che la legge, impossibilitata e tutto regolare, lascia impregiudicata: potere dunque che costituisce sì un limite alla cognizione del giudice, ma per il solo fatto che manca la regola legale, e dunque il presupposto logico di un suo intervento; e, ancora, potere che non incide nè sulla consistenza del diritto soggettivo nè sulla giurisdizione del giudice stesso.

13. È pure noto come questo progetto, e questa concezione liberale che lo sorreggeva, iniziarono il loro declino nel momento stesso in cui presero corpo nella legge del 1865: si apre subito una fase di discussione e di transizione, che Sordi descrive con grande efficacia, in cui gli accenati fattori storico-politici e la vincente dottrina dello Stato, pur autorevolmente contrastati, finirono per prevalere, consolidando un sistema senza sfumature condannato dall'autore come «pericolosamente depauperato di istanze garantiste, assolutamente privo di contenuti democratici, disponibile a qualsiasi alterazione delle istituzioni liberali rappresentative».

Un deciso salto, in questa transizione, fu indubbiamente operato dalla legge del 1889: l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, inizialmente concepita come istanza propria del potere esecutivo, di natura dunque strettamente amministrativa, destinata a garantire l'autonomia dell'amministrazione entro la sua sfera di «libertà», non suscettiva di evocare situazioni soggettive nuove e diverse dal diritto, ma, se mai, a confermare l'originaria distinzione tra rilevante e irrilevante giuridico, tra amministrazione contenziosa e amministrazione «pura», assunse poi un ben diverso carattere. Certamente, nell'ambito di quel disegno, la sua competenza avrebbe dovuto riguardare esclusivamente e in modo generalizzato il merito: invece accadde esattamente il contrario e la «normalità» della competenza di legittimità aprì subito, e a ragione, dubbi e contraddizioni con la logica della giurisdizione unica, perchè la specialità del ricorso non appriva coerente con l'identità sostanziale della funzione: e ciò era tanto vero che il primo pezzo a cadere, dell'originaria logica, fu la natura amministrativa della funzione stessa: una volta acquisito che la IV Sezione giudicava su vizi di legittimità nell'esercizio di una funzione giurisdizionale, il problema di qualificare una autonoma situazione soggettiva era obiettivamente posto, e con esso veniva a perdere ogni chiarezza la distinzione-cardine tra amministrazione «pura» e «contenziosa» e la conseguente collocazione nell'area della prima di un potere discrezionale «privatisticamente» innocuo.

Se però gli elementi di alterazione del quadro normativo erano di notevole impatto, sarebbe eccessivo dire che fin da quel punto la sorte del sistema amministrativo italiano fosse ineluttabilmente segnata: personaggi come Spaventa, Meucci, Scialoja e Orlando intervennero sia per criticare le innovazioni introdotte, sia per proporre interpreta-

zioni idonee a mantenere sostanzialmente integre le linee portanti del progetto liberale; e un significato particolare assume, in questa prospettiva, la tesi del *petitum*, che consentiva di conservare l'impianto obiettivo del ricorso alla IV Sezione evitando che la sua competenza di legittimità incrinasse l'unità e l'esclusività del diritto soggettivo come situazione giuridica tutelata.

È difficile giudicare, a questo punto, se nella definitiva configurazione del sistema svolsero un ruolo prevalente le ragioni esegetiche e sistematiche «interne» al problema, ragioni indubbiamente sostenute da dati normativi che, pur nelle contraddizioni che avevano aperto, presentavano aspetti inequivoci, ovvero se la soluzione fu, per così dire, calata dall'alto, determinata cioè da una concezione del potere amministrativo *dedotta* da quella nozione di Stato che abbiamo visto saldamente affermata nella cultura italiana e tedesca. Sordi si pronuncia, e a mio avviso a ragione, per quest'ultima ipotesi, concentrando l'attenzione sul radicale mutamento che subisce la nozione di discrezionalità; tra gli aspetti di discrezionalità dell'atto come limite alla cognizione del giudice e l'atto discrezionale come preclusivo della sua giurisdizione, tra permanenza del diritto soggettivo «comunque possa esservi interessata la pubblica amministrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o della autorità amministrativa» e teoria della degradazione, c'è un salto logico che appare non solo non necessitato ma in verità neppure giustificabile nel contesto dei pur difficili problemi insorti a partire dal 1889: per spiegarlo adeguatamente occorre invece risalire, sullo sfondo della «crisi di fine secolo», al definitivo affermarsi di una concezione della Pubblica amministrazione come diretta interprete dei bisogni collettivi, come unica funzione essenziale e necessitata, espressione dello Stato-persona più che della legge, autolegittimata per un verso (teorico) nella totalità dello Stato-popolo, per l'altro (pratico-politico) nel raccordo con gli interessi particolari.

«Il punto logico di partenza non è la libertà ma lo Stato» afferma icasticamente Ranelletti nella prolusione maceratese del 1899, e lo Stato, quando un limite certo non sia configurato dalla legge, deve «poter agire liberamente nell'interesse pubblico, perchè ciò è nella sua funzione, e il compito della sua esistenza». Parole che sintetizzano in modo esemplare l'eclissi della cultura liberale, che indicano i principi cardine del «nuovo» diritto amministrativo, che segnano il senso da imprimere alle costruzioni dogmatiche e alla interpretazione del diritto positivo.

14. Nel contesto del suo lavoro Sordi sembra peraltro voler coinvolgere nell'ombra di questo peccato originale le stesse nozioni di discrezionalità e di interesse legittimo: emerge spesso cioè, sia pure tra le righe, una contestazione rivolta allo spessore teorico della sequenza potere discrezionale-interesse legittimo-giurisdizione amministrativa

(di annullamento) ritenuta incompatibile (allora come adesso) con una trasformazione in senso liberale e garantista della giustizia amministrativa, che sarebbe invece possibile solo se fondata sulla contrapposta sequenza rapporto paritario o negoziale-diritto soggettivo-giudizio sul rapporto tra gli interessi «reali». Se ed in quanto questa impressione di lettura è fondata, il discorso suscita allora qualche riserva sotto il duplice profilo di un suo eccesso e di un suo difetto.

Esso sembra eccessivo in primo luogo perchè, in sede storico-politica, non si dà, se non fuggevolmente, atto dei risultati garantistici che l'evoluzione di *questo* sistema ha pur comportato, consentendo al giudice amministrativo di estendere il sindacato in quell'area non coperta dal diritto soggettivo in cui è quanto meno problematico dire se e come il giudice ordinario sarebbe potuto penetrare; ma soprattutto, volendo evitare l'arbitrario terreno della storia fatta con i se, si deve osservare, in sede teorica, che piena riconduzione dell'agire dell'amministrazione nel dominio della legge e del sindacato giurisdizionale non significa escludere la configurabilità di un potere ad essa attribuito (con specifico fondamento legale) di valutare in modo unilaterale e insindacabile interessi in conflitto: e ad un siffatto potere può correlarsi una situazione soggettiva che comunque la si voglia costruire (come concernente interessi «secondari» del privato, come sua attitudine «partecipativa» all'azione amministrativa, o altro ancora) è senz'altro diversa dal diritto soggettivo.

Non sono dunque nè l'interesse legittimo in sè nè la sua attribuzione a un giudice speciale la causa di tutti i mali ma assai di più la specifica struttura che questo giudizio ha assunto, e le vistose limitazioni ai «normali» poteri (istruttori e decisori) del giudice che lo hanno caratterizzato storicamente e che, se discendono anch'esse direttamente (per connessioni che sono state ben individuate) dal principio di autorità, non *passano* necessariamente attraverso la struttura della situazione soggettiva in questione.

Conseguentemente e, potremmo dire, specularmente, il discorso pecca per difetto in quanto, in realtà, il nostro sistema presenta fuoruscite dai principi liberalgarantistici dello Stato di diritto ben più vistose e meno giustificabili di quelle concernenti il potere discrezionale: anzitutto la mancata corrispondenza tra attività (pienamente) vincolata e diritto soggettivo, asseribile (come ho cercato di dimostrare altrove) *solo* in virtù di un *diretto ed immediato* rinvio alla posizione di supremazia dell'amministrazione; e altrettanto può dirsi di altri idola fori a lungo tramandati con rispetto nella cultura amministrativistica, come, per accennare ai principali, la c.d. teoria finalistica dell'atto amministrativo o la configurazione della revocabilità o della esecutorietà degli atti come principi generali, operanti anche in assenza di specifiche previsioni legislative.

Queste osservazioni peraltro non incidono nel merito essenziale

del lavoro di Sordi che è quello di aver posto in chiara e inedita evidenza il nesso che collega dottrina dello Stato e diritto amministrativo e soprattutto la direzione (discendente e deduttiva) con cui la prima raggiunge e conforma il secondo: e che questo sia il punto nevralgico su cui costruire una radicale inversione di prospettiva è quanto mi propongo di dire nelle ulteriori, complessive osservazioni che seguono.

II

16. Qual'è dunque il rapporto dell'odierno giurpubblicista con la storia? Con *questa* storia, in questo modo raffigurata dai nostri autori e ulteriormente rimodellata secondo il soggettivo criterio di chi ne riferisce?

La selezione dei temi e l'organizzazione del «racconto» che precede lasciano già trasparire il senso di alcune risposte: ma vorrei ora tentare di sviluppare e ordinare alcune impressioni che, per quanto sommarie e generiche possano apparire, mi sembra utile proporre alla discussione.

Un primo tipo, o livello, di reazione, al contatto con questa storia, è certo quello di avvertirla come in larga misura estranea e distante alla nostra formazione culturale (e, se si vuole, civile e politica) nonché al nostro specifico lavoro quotidiano: il pensiero del lettore corre di frequente, necessariamente, alla Costituzione, identificando in essa una rottura, un fossato profondo che ci separa ormai (e ci protegge), da questo pur così suggestivo e potente universo di ideologie, di costruzioni dogmatiche, di istituti giuridici. E quanto meglio conosciamo il principio ordinatore e le singole costellazioni di questo universo, più ci confortiamo nel pensare che i traumatici eventi entro i quali quel testo si genera segnino la fine non solo delle involuzioni e degenerazioni dello Stato ottocentesco ma, in una più ampia e significativa cadenza epocale, di quella lunga eclissi del grande progetto liberal-illuministico contro il quale, come i nostri storici univocamente ci attestano, quello Stato si era concettualmente e politicamente costruito; eclissi rispetto alla quale l'involuzione finale appare come una ultima, omogenea, e in certa misura conseguente, anche se non necessitata, fase di sviluppo.

Tornano dunque in piena luce i «grandi» principi di libertà individuale, di uguaglianza, di pluralismo, di sovranità popolare, di primato della legge; e molto c'è di nuovo: lo Stato persona si distingue e si subordina allo Stato ordinamento, la società civile viene raffigurata come sede della disuguaglianza e del conflitto, i compiti dell'ordinamento sintetizzati intorno al superamento degli ostacoli che impediscono in fatto lo sviluppo della persona umana. È quanto basta, parrebbe, per un radicale distacco dallo Stato (e dal diritto) di Gerber e di Orlando, di Laband e di Ranalletti.

Ma ognuno sa che non è così: lo sa, in sede storico-politica, dal

dibattito su continuità e rottura tra fascismo e Repubblica che ha comunque attenuato certi primi entusiasmi di palingenesi; lo sa dallo sviluppo della storia delle istituzioni, molte delle quali sono state poco o punto, e comunque tardi, investite dal cambiamento; lo sa rispetto a singole vicende della propria disciplina, rispetto alle quali la eco di tali rivolgimenti giunge smorzata o addirittura non si fa sentire, permanendo intatta la consistenza di fondamentali categorie concettuali. Non vorrei far torto ai numerosi e spesso rilevanti meriti innovatori delle scienze giuspubblicistiche: li dò per (positivamente) scontati; ma la lettura di questi libri sollecita l'ipotesi che malgrado tutto, e specialmente per quanto riguarda il diritto amministrativo, l'unità disciplinare continui, ancorata su alcuni essenziali principi, a segnare invalicabili confini all'espansione (o alla vera realizzazione) del nuovo, a precluderne una globale e sistematica rifondazione, in molti casi a innestare (sotto mentite spoglie) insidiosi ritorni.

16. Per dimostrare questa asserzione occorrerebbe scrivere la seconda parte della storia fin qui esposta, procedere cioè, su quelle basi e con quel metodo, all'analisi della giuspubblicistica dell'ultimo quarantennio. Ma qualche domanda e qualche spunto di riflessione possono, nell'attesa, essere avanzati.

Anzitutto, su un piano puramente sintomatico, come appare strutturato e organizzato il diritto pubblico post-costituzionale? Un primo dato, apparentemente stravagante, su cui interrogarsi è costituito dal declino e dalla scomparsa, tanto nelle denominazioni accademiche quanto nella sostanza, della dottrina dello Stato, così come del meno compromesso diritto pubblico generale. È solo questione di stili verbali? O si tratta di un imbarazzato tentativo di nascondere progenitori di non specchiate virtù? Si è pensato che per rendere più netta la ripulsa di *quella* dottrina dello Stato (o della dottrina di *quello* Stato) fosse più opportuno togliere cittadinanza alla disciplina in quanto tale? O si è consapevolmente ritenuto, e per quali motivi, che siano venute meno le ragioni della sua sussistenza? Si è soltanto trasferito la relativa tematica sotto le etichette delle istituzioni di diritto pubblico e del diritto costituzionale o si è voluto dismettere da parte dei giuristi (talvolta anche attraverso suicidi e reincarnazioni) la competenza in proposito, lasciando che le relative spoglie venissero variamente spartite tra scienza, filosofia e sociologia politica?

La risposta va cercata, a nostro avviso, in due fenomeni, distinti nelle origini ma complementari nel risultato: da un lato (mediamente s'intende) la netta restrizione di orizzonte culturale dei giuspubblicisti, la loro minore aspirazione (o forse anche possibilità) sia di essere globalmente tali (la separazione attuale tra costituzionalisti e amministrativisti, ad esempio, è da noi, com'è noto, particolarmente accentuata), sia di stabilire *significative* connessioni e relazioni con altre discipline (di tipo filosofico soprattutto), che con il diritto e lo Stato

sono più intensamente connesse. Dall'altro quell'atteggiamento a cui, all'inizio di queste note, ho accennato in termini di rimozione: la dottrina dello Stato (*quella* dottrina dello Stato) è tuttora ben presente nel nostro patrimonio culturale, delimita il campo del possibile nelle nostre costruzioni, affiora continuamente come presupposto delle nostre soluzioni, ma opera in larga misura a livello inconscio, come dato non discusso e di cui non si intende discutere (quanto meno come giuristi), tanto che si cancella la disciplina che consentirebbe e imporrebbe di discuterne. Così, per un verso, lo scontato ossequio ai valori liberal-democratici della Costituzione ci consente di ritenerci immuni da quella idea di Stato; per l'altro, là dove la contraddizione tra questi due universi culturali emerge con tale forza da chiamare quest'ultima globalmente in causa, preferiamo evitare il compito, certo non facile, di affrontarla e superarla radicalmente e preferiamo ripiegare su improbabili compromessi, entro le grandi coordinate della tradizione. Per questo più quieto vivere ed operare si paga anzitutto un piccolo prezzo di omertà nell'ignorare le specifiche aporie da cui le nostre discipline sono continuamente percorse; ma se ne paga forse un'altro, maggiore, che è il declino del nostro complessivo ruolo: altro tema su cui i nostri storici ci forniscono preziosi spunti e su cui varrebbe la pena di aprire un'altra discussione.

L'altro sintomo può cogliersi in un dato banale, in apparenza privo di reconditi significati: nel fatto cioè che in quasi tutti i nostri manuali la trattazione delle libertà individuali e delle situazioni giuridiche soggettive è *successiva* a quella dell'organizzazione, dei compiti, dei poteri dello Stato. È solo un criterio di chiarezza espositiva? Se degli stessi manuali leggiamo le prime pagine vediamo che non è così, che l'ordine esteriore corrisponde alla struttura logica del discorso, alla sua *direzione*: *a*) rapporto tra società e Stato come momento di fondazione-legittimazione del potere; *b*) caratteri e forme di manifestazione della supremazia dello Stato; *c*) limiti che tale supremazia incontra nelle libertà individuali; una sequenza costante che, al di là dei contenuti del discorso, esercita una profonda, subliminale suggestione nel senso che il *prius* è lo Stato-potere, che si espande per una sua intima, originaria energia e il *posterius* è la resistenza ad esso opposta dalle libertà. E d'altra parte, su diversi piani di lettura (storico, dogmatico, interpretativo) non è difficile individuare il continuo riproporsi di un analogo rapporto fra tradizione e Costituzione, fra un ristretto quanto indiscutibile nucleo di concetti e di valori e le variabili dei sistemi che intorno ad esso possono costruirsi. Tanto la lucida indicazione ranelletiana del «punto logico di partenza» quanto la più celebre massima mayeriana sul fluire del costituzionale nella stabilità dell'amministrativo sembrano a tutt'oggi conservare la credibilità di una laica e, se si vuole, pessimistica ragione.

Ma cerchiamo di entrare nel merito.

17. Chi sia colpito, e catturato, dalla forza degli schemi analitici proposti da Pietro Costa non può sfuggire, malgrado la sua temerarietà, ad una essenziale domanda: la giuspubblicistica post-costituzionale continua ad operare entro il campo teorico Stato-società civile? E se così è, questa gabbia, per quanto spaziosa e ricca di interne variabili, costituisce un suo ineluttabile destino o vi sono condizioni e premesse per poterne uscire?

Due osservazioni, anch'esse generiche e «sintomatiche», possono fornire qualche significativa verifica: la prima riguarda, qualora le si condividano, le considerazioni appena avanzate sulla persistente subalternità del diritto pubblico all'immagine ottocentesca di Stato e si risolve in una ulteriore domanda: questa persistenza della tradizione è solo persistenza di un particolare «modello», interno a quel campo teorico, ovvero dipende direttamente dalla struttura di quest'ultimo, nel senso che rappresenta, nella determinazione di un periodo storico, l'unica possibilità effettiva di costruire una giuspubblicistica entro quella struttura bipolare?

La seconda vuole portare l'attenzione su una delle principali contraddizioni che pervadono l'attuale dibattito politico-istituzionale e che non a caso si impostano su quella coppia concettuale: per un verso, anche all'interno di tendenze per altri aspetti omogenee, si contesta la eccessiva presenza dello Stato come autorità astratta, lontana, oppressiva della vita sociale; per l'altro dello Stato stesso si constata l'evanescenza, l'impotenza rispetto alla determinante forza degli interessi (particolari) organizzati. E non si tratta soltanto di rilievi e polemiche che investono zone diverse della variegata fenomenologia del problema (e dunque, in quanto tali, tra loro compatibili); essi riguardano, con tutta evidenza, il rapporto società-Stato nella sua globalità, come dimostra la sussistenza di una seconda contraddizione, non biunivocamente corrispondente, ma variamente intrecciata e sovrapposta alla prima, tra una «linea» di rifondazione dello Stato su nuove forme di collegamento con la società e un'altra di dissoluzione dello Stato stesso, di un suo riassorbimento nel sociale attraverso la *diretta* valenza giuridico-istituzionale di quest'ultimo. Di qui ancora una domanda: questa duplice contraddizione è risolvibile ovvero può considerarsi un distinto sintomo della sopravvenuta inidoneità del campo teorico a contenere e ordinare il problema attuale del diritto pubblico?

Per affrontare in modo meno generico queste domande è opportuno soffermarsi con qualche indicazione e motivazione più specifica su quella persistenza della tradizione per ora soltanto apoditticamente asserita: e a questo fine sarà sufficiente anche soltanto evocare un certo numero di concetti e di istituti che fanno parte della nostra esperienza quotidiana e che, osservati attraverso i filtri di analisi qui ricordati, rivelano più o meno nascoste strutture che di quella tradizione

largamente partecipano; ed a tal fine mi sembra utile aggregare l'esemplificazione intorno a due categorie fondamentali, a costanti che in qualche modo identificano il senso della tradizione stessa e del suo apparato teorico: quelle cioè di totalità e di necessità.

18. Che la categoria di totalità sia centrale nella teoria ottocentesca dello Stato è addirittura ovvio, nei termini in cui in questa sede lo si può affermare: mi limito a specificare soltanto che essa opera con pari forza tanto sul polo sociale, presiedendo all'accreditamento della nozione di organismo e legittimando la sua priorità logica e ordinativa non solo rispetto all'individuo ma ad ogni immagine di pluralità/contraddizione, quanto sul polo statale, dove si presenta come vera e propria condizione di pensabilità della relativa problematica (è mai possibile pensare uno Stato che non sia, in ultima analisi, un tutto?). Ed è più che evidente, da quanto i nostri autori ci espongono, come sia proprio questa riferibilità ad una stessa categoria di due ordini di discorso (di per sè, potenzialmente ed astrattamente, diversi, disomogenei e talvolta dissonanti) a consentire la comunicabilità tra i medesimi: «totalità» in altri termini appare come precondizione logica di percorribilità di ogni possibile itinerario che da «società» porti a «Stato» o viceversa, come l'essenziale connettivo di ogni escogitabile modello ordinativo della relazione.

Orbene, dove incontriamo, oggi, questa categoria? Dovunque, si può tranquillamente rispondere, in ogni significativo snodo dell'apparato concettuale giuspubblicistico, anche se varia il grado di evidenza con cui si mostra e soprattutto l'intensità delle implicazioni che ne discendono.

È superfluo, intanto, osservare quanto di totalità siano permeati termini ricorrenti nel linguaggio stesso della Costituzione, termini che in vario modo cercano di dare un nome all'insieme, inscindibile e compatto dei fenomeni sociali e/o istituzionali: da quelli più appannati come 'Nazione', 'Paese', 'Italia', a quelli più moderni e certamente più significativi come 'ordinamento giuridico italiano', 'popolo (sovrano)', 'Repubblica'. Si tratterebbe, se mai, di approfondire la loro attuale valenza, saggiandola anzitutto con gli strumenti che gli storici ci offrono: ci si dovrebbe cioè chiedere se essi possono ancora collocarsi nello schema Stato-società civile, e su quale, volta per volta, dei due poli: se essi (e quali) ci riportino a modelli di tipo sociocentrico, orientati nella direzione ascendente società-Stato, ovvero se partecipino dello schema statocentrico in cui il polo sociale opera geneticamente e «in absentia» rispetto a quello statale; o, ancora, se possono considerarsi autonome astrazioni giuridiche che, al più, operano un rinvio a realtà «esterne». È probabile che le soluzioni siano differenziate: ma l'impressione più immediata (che vale soprattutto per il più ambiguo e pregnante dei termini ricordati, cioè per 'Repubblica' — ma si pensi anche alla vexata quaestio delle qualificazioni giuridiche,

per vari aspetti connesse, di 'popolo' e di 'corpo elettorale') è che essi sfuggano a più o meno semplici collocazioni nella struttura bipolare della tradizione disciplinare e che in qualche modo ne esprimano un superamento, o che comunque, in quanto oggi termini di diritto positivo, alterino il modo stesso di porre il problema. Ma su questo tornerò più avanti.

Del pari autoevidente è la connotazione «totalitaria» di termini come interesse generale, utilità generale, interesse pubblico da un lato, e fini sociali, funzione sociale, utilità sociale dall'altro: il problema sta se mai nel capire se abbia un senso (o se invece sia del tutto casuale) la dislocazione, letteralmente evocata, dell'uno e dell'altro gruppo rispettivamente sul polo statale o su quello sociale, nel determinare con quali modalità, in entrambi i casi, si operi il collegamento con il polo «altro», e soprattutto nell'identificare i caratteri di cui si presenta dotato il soggetto di riferimento, se cioè operi solo come astrazione giuridica definibile «dall'alto» ovvero se in qualche modo si radichi in una (verificabile?) realtà empirica.

D'altra parte la stessa categoria di 'pubblico' è in sé densa di ambiguità, non essendo pacificamente e univocamente polarizzabile sul versante statale: occorrerebbe in questo senso approfondire il significato della distinzione tra staatlich e öffentlich nella recente dottrina tedesca e verificarne la corrispondenza (probabilmente solo approssimativa) con la letterale traduzione italiana: e i terreni di applicazione non mancano certo nella nostra esperienza, come si può facilmente intuire se solo si accenni a due ben note e tutt'altro che sopite dispute sui servizi pubblici (in senso oggettivo o soggettivo) e sugli enti privati di interesse pubblico.

19. Questi temi appartengono ad un'area problematica che si può ancora, a buon diritto, considerare aperta e suggestiva, essendo fuori discussione che da una *qualche* idea di totalità non possa prescindersi nella costruzione di qualsiasi sistema giuspubblicistico. Se è vero infatti che la Costituzione irrompe, con il suo fondamentale impianto liberaldemocratico, in una tradizione per più di un secolo dominata da un opposto segno, è anche vero che del binomio società-Stato essa appare ancora intrinsecamente pervasa: e questo dato, pur proponendo un nuovo e difficile orizzonte problematico, non può dirsi, di per sé, e in prima approssimazione, incompatibile con quell'impianto. Ben diverso è invece il constatare la persistenza della tradizione come *specifica* struttura di un modello (monistico-Statocentrico) che invece con molti dei «nuovi» principi costituzionali appare (o dovrebbe apparire) ictu oculi in insanabile conflitto.

Esemplare è, in questo senso, il ruolo svolto dalla nozione di interesse pubblico nella dottrina amministrativistica. Il tema è pure ben noto e ampiamente percorso ma vorrei provare a ridefinirlo nel

contesto del discorso fin qui seguito, indicando un nesso che non sempre è posto nella dovuta evidenza: quello tra dottrina generale dello Stato e posizione di supremazia della Pubblica amministrazione. Un nesso di vera e propria consustanzialità, nel senso che quello Stato senza determinazioni (o se si vuole lo Stato-governo significativamente indicato dai tedeschi col termine comprensivo di *Verwaltung*) in vari modi costruito come «scientifica» determinazione della totalità organica del sociale, quella entità originaria ed espansiva unificata nella personalità giuridica rispetto alla quale Parlamento e legge si pongono come secondarie e cedevoli espressioni del conflitto e della disarticolazione storico-pratica degli interessi, quello Stato si cala *nella sua integrità* nel soggetto Pubblica amministrazione e come tale si atteggia nello specifico rapporto giuridico con il cittadino: quella stessa totalità che presiede alla costruzione giuridica del potere politico va a qualificare il soggetto (particolare) che entra in rapporto con i terzi ed anche a questo livello (come a quello del conflitto costituzionale tra Parlamento e Governo) fa valere la sua forza (inevitabilmente) preponderante nei confronti del singolo. L'interesse pubblico del soggetto amministrativo, in altri termini, si atteggia come rappresentazione, entro il singolo rapporto, di quella stessa totalità che legittima il potere politico, allo stesso modo (tendenzialmente) incurante delle ragioni dell'individuo e della sua volontà collettivamente espressa nella legge.

Anche questo, si dirà, è notorio, e la dottrina post-costituzionale ha dedicato le sue migliori energie a ricondurre l'autorità dell'amministrazione nell'ambito dei principi dello Stato liberal-democratico: ma è proprio una simile affermazione che vorrei, pur con qualche accentuazione polemica, cercare di contraddire.

La scissione dello Stato-persona (e della Pubblica amministrazione) dallo Stato-ordinamento e la relativa subordinazione del primo al secondo (vera chiave di volta della mutazione dottrinale) è sì avvenuta, ma assai *prima* in termini generali e a livello teorico e costituzionale che non nelle specifiche articolazioni del rapporto tra amministrazione, cittadino e giudice, e soprattutto è avvenuta *senza che venissero conseguentemente ridefiniti i caratteri che lo Stato-soggetto di rapporti giuridici doveva assumere in virtù di questa nuova collocazione*, senza cioè radicalmente negare (anzi per lo più tranquillamente confermando) quella rappresentazione di totalità che esso derivava dalla sua identità con lo Stato «politico» o con lo Stato *tout court*: una rappresentazione che prende appunto il nome dell'interesse pubblico e che attraverso questo snodo si dirama, tanto per fare alcuni riferimenti, nella disuguaglianza di base del rapporto con il cittadino, nella c.d. teoria finalistica dell'atto amministrativo, nella generalizzazione della «degradazione» dei diritti, nella nozione stessa di interesse legittimo come tutela secondaria o indiretta.

20. Ma prima di scendere in qualche maggior dettaglio su questi punti, vediamo un'ulteriore area problematica in cui in modo indiretto, ambiguo, spesso occulto, la categoria di totalità continua ad operare nella impostazione di singoli problemi, quell'area cioè comprensivamente definibile con riferimento alla idea di pluralismo, e che dunque parrebbe, a prima vista, contrapposta a quella di totalità.

In ordine a questa sconfinata, proteiforme e spesso contraddittoria tematica vorrei solo avanzare una osservazione di fondo, che peraltro mi pare densa di implicazioni specifiche in ordine a problemi oggi più scottanti che mai: vorrei cioè riprendere l'ipotesi per cui «pluralismo», se certamente indica molteplici e relevantissime variabili di organizzazione «interna» di un sistema statale, non si pone invece (almeno nelle sue accezioni dominanti) come alternativa rispetto ai modelli giuspubblicistici tradizionali per quanto attiene alla struttura del campo teorico entro cui si inscrivono: e ciò non soltanto nel senso, brillantemente evidenziato da Pietro Costa, della compatibilità (o meglio della non interferenza) tra pluralismo e «monismo» (Stato-o sociocentrico che sia) e della conseguente emarginazione del primo della linea del discorso teorico, ma, in prospettiva più ampia, della sua *riconducibilità entro i confini di quella categoria di totalità* di cui cerco di cogliere alcune perduranti manifestazioni. In termini più espliciti vorrei dire che pluralismo, se da un lato sembra valorizzare (ed effettivamente in molti casi valorizza) la scomposizione e l'articolazione del tutto, ponendone in discussione la stessa plausibilità, per l'altro, nella sua ultima fondazione concettuale, lo presuppone, e lo rievoca nella sua specifica determinazione di organismo.

Per dimostrare questo assunto mi limito a ricordare come operi il concetto di pluralismo nel contesto dei principi (individualismo, volontarismo, contrattualismo, legalità) che informano il «nuovo» della Costituzione, la sua indiscutibile anima liberaldemocratica: in astratto sembrerebbe un incontro facile, e tale potrebbe essere se con pluralismo si intendesse soltanto denominare, descrittivamente, un assetto sociale e istituzionale *conseguente* al dispiegamento di quei principi: ma nell'effettiva esperienza della giuspubblicistica postcostituzionale è ben chiaro che così non è perchè invece «pluralismo» si carica di una primaria valenza fondante, in sostanziale continuità con alcune linee forti della tradizione, e dunque in tendenziale conflitto con quel «nuovo». Il riferimento all'ideologia istituzionale cattolica e alla sua intrinseca irriducibilità al liberalismo viene immediato, ma è solo parziale e improprio perchè il fenomeno non solo attraversa altre ideologie, ma soprattutto non si colloca a livello ideologico, radicandosi invece sul diverso e unificante terreno della continuità disciplinare, *da qui* eventualmente sviluppando la sua diversificazione.

E gli esempi qui davvero non mancano perchè non c'è importante capitolo del diritto pubblico recente che non sia leggibile in questa

chiave: pluralismo diventa pressochè generalmente diritto dei gruppi sociali, costruzione della loro identità e del loro ruolo istituzionale, subordinazione-assorbimento dell'individuo nel gruppo, legittimazione diretta del potere pubblico nel particolare sociale (e viceversa); il suo programma è sì quello di scomporre l'unità e la centralità del modello statocentrico, ma ciò avviene attraverso la *moltiplicazione-proiezione della sua formula fondante dal tutto alle parti*: e dunque in tanto le parti assumono legittimità (teorica e giuridica) in quanto siano definite in termini omogenei al tutto in cui si inscrivono.

Penso soprattutto alla inversione logica che viene imposta alla formulazione dell'art. 2 Cost., dove le formazioni sociali, da sede di svolgimento della personalità individuale vengono elevate a soggetti autonomi di tutela, e quindi a titolari di interessi diversi e superiori a quelli dei singoli; alla concomitante (ri)costruzione della nozione di autonomia collettiva; alla permanenza, e quindi alla vigorosa ripresa del principio della partecipazione organica dei gruppi sociali agli apparati pubblici; nonchè alla loro vera e propria istituzionalizzazione e alla loro equiparazione alle autonomie territoriali; alla lunga parabola dei partiti politici, realtà originariamente contraddittoria della totalità statutale e non a caso primario bersaglio della polemica, e poi progressivamente unificati in sistema e come tali riducibili entro la logica dello Stato o addirittura identificabili come suoi apparati; alla sostanziale, e poi sempre più formalizzata espansione dell'accordo (particolare) come sostitutivo dell'autorità generale della legge; e ognuno potrebbe continuare in questa direzione chiaramente definita.

In ognuno di questi percorsi il progetto liberaldemocratico o stenta a uscire dalla fragilità della sua esistenza testuale o, là dove in qualche misura si afferma, regredisce e declina: in apparenza alleato della liberaldemocrazia contro lo Stato autoritario 'totale', in quanto diretto a rifondare su più ampie basi la volontà generale ed il consenso, in realtà il pluralismo si determina come sfiducia nel postulato volontaristico e contrattualistico e conduce una sotterranea (ma spesso anche palese) battaglia contro di esso, confermando o ripristinando connessioni assai strette con una cultura solo apparentemente superata.

E il nemico è quello di sempre: «l'astratta e infecunda idea di individuo», la possibilità di assumerla come impenetrabile nucleo di resistenza ad ogni potere comunque fondato e soprattutto come fonte originaria del potere stesso, privato o pubblico, sociale o statutale che sia.

21. La connessione tra (nuovo) pluralismo e (vecchio) organicismo si realizza dunque (almeno nella nostra storia recente) nella teoria giuridica dei gruppi sociali, nella *reductio ad unum* della pluralità dei singoli nel gruppo, della pluralità dei gruppi nella società e nello Stato e, mediatamente, della pluralità dei singoli nella società-Stato; e lo schema essenziale, insieme logico e giuridico, è sempre lo stesso: la

reductio opera come *sintesi* non come *somma* delle singole unità, dove ciò con tutta evidenza significa: *a)* logicamente che il tutto precede le parti perchè sintesi non è *risultato* variamente determinabile *in seguito* all'(imprevedibile) modo in cui possono comporsi le parti ma si qualifica in ordine a un criterio prestabilito in relazione al quale le parti stesse si ordinano, al quale si subordinano, dal quale, come spesso esattamente si sottolinea, traggono la loro stessa identità; *b)* giuridicamente che tale criterio è oggetto di una scelta compiuta da una fonte superiore, ordinandosi quindi sempre il rapporto tutto-parte in senso discendente: questo aspetto può apparire meno evidente, ma si rende tale ove si rifletta come, ad esempio, l'interesse collettivo o l'interesse diffuso (casi tipici di «sintesi») non si identificano in relazione ai singoli componenti del gruppo ma al gruppo stesso, che, a sua volta non ha, come tale, alcuna empirica consistenza ma è la soggettivazione di una scelta di valore operata dall'alto e intorno a cui il gruppo si rende identificabile. E ciò vale, analogamente, nel rapporto gruppi-comunità generale perchè, di nuovo, la legittimazione dei primi rinvia ad una istanza superiore di sintesi che è appunto l'organismo-società direttamente trasposto nell'organismo-Stato; *c)* ideologicamente infine che a questo ordinarsi delle pluralità presiede un disegno, un ordine, un senso: può essere la provvidenza o il mercato, può essere il destino o il progresso, può assimilarsi alla legge fisica o a quella biologica, può proporsi come meccanismo di omeostasi o come sistema; ciò che conta è che rivesta i connotati della totalità e che entro questa categoria passino i connettivi fondanti su «altro» il potere e lo Stato.

Nessuna contraddizione dunque tra (questo) pluralismo e il nucleo essenziale del modello monistico-statocentrico: anzi, eventualmente di «modernizzazione» del modello stesso può parlarsi, che si attua attraverso la ramificazione dei suoi due poli e la pervasiva diffusione dei suoi meccanismi di legittimazione.

Resterebbe da chiedersi se di «pluralismo» esista una versione «conflittuale» che, come Fioravanti spesso ci propone in negativo (cioè come tendenza inesorabilmente perdente nell'esperienza tedesca), possa dirsi effettivamente incompatibile con l'immagine unitaria e totale dello Stato. La risposta mi pare implicita nelle osservazioni che precedono, nel senso che neppure tra conflitto e totalità sussiste necessariamente contraddizione: anche il conflitto è concepibile come strumento di un disegno, come pluralità riconducibile a un ordine; e dunque anche i suoi soggetti possono essere identificati, selezionati e immessi nella totalità in funzione di quel disegno e di quell'ordine. Già il predicare la «positività» del conflitto lo colloca all'interno di una totalità unificante. Perchè contraddizione vi sia si deve rinunciare anche a questo predicato, si devono collocare i soggetti o il movimento del conflitto in una prospettiva di non predeterminazione, di non prevedibilità del suo esito: solo così può riconoscersi ai soggetti stessi

una reale libertà di azione, e può accettarsi fino in fondo la dinamica della pluralità.

Ove queste sembrano astrazioni sarà sufficiente, ad esempio, riferirle all'attuale dibattito politico-istituzionale e (marginalmente) costituzionale sui conflitti di lavoro, in cui la linea di discriminazione tra pluralismo «totalizzato» e pluralismo «aperto» si presenta con rara evidenza in tutte le sue articolazioni; e del resto, spostando il punto di osservazione fuori dal campo giuridico-statuale, non è difficile accorgersi che la conflittualità non predeterminabile è l'unico possibile schema di percezione e rappresentazione della dinamica del potere «reale».

22. Di un'ultima nozione occorre far cenno in questo quadro problematico, quella di effettività: ad essa infatti fa capo una tendenza che per molti aspetti si presenta come radicalmente alternativa, come capace, nel suo rigoroso pragmatismo, di esprimere effettivamente gli aspetti dirompenti della pluralità e della contraddizione, e di proporre una fonte generativa del diritto e dello Stato che taglia fuori di netto l'intero apparato concettuale qui ricordato. Ma anche a questo proposito occorre intendersi; perchè se di effettività si parla in senso puramente fattuale, come diretta e autosufficiente trasposizione del fatto in diritto, del potere in Stato, la sua «cultura» è davvero alternativa, ma solo in quanto rinuncia ad ogni possibile aspirazione a razionalizzare l'esistente; ed è sì pragmatica, ma fino al punto di immaginare la prassi come realtà oggettiva, antecedente agli strumenti della sua percezione.

Se invece, come per lo più accade, effettività viene assunta come sintomo di un sottostante consenso, come riferibile (anche ex post) a una volontà, allora tale cultura torna a presentarsi come una ulteriore e (anche più) «modernizzata» variante della tradizione organicistica: se ciò che è è (si presume) voluto e dunque è legittimo; se il potere, in quanto costituito, è (si presume, risulta) fondato sul consenso (anche se questo si riduce a mera impotenza a dissentire, o ad «apatia») deve presumersi anche un *soggetto* di tale volontà e di tale consenso: soggetto che in questo caso, a maggior ragione, non potrà essere che quell'indefinito organismo in cui si stempera e si degrada, o comunque perde rilievo, ogni diversità e contraddizione. Paradossalmente si potrebbe anzi dire che il principio di effettività delinea la più pura ed astratta tra le versioni dell'organicismo, quella che, ricavando dalla nuda realtà dei fatti (compiuti) il consenso e il soggetto, può prescindere dalle esposte e deboli mediazioni degli immaginari storicistici, sociologistici o meccanicistici su cui normalmente si sostiene.

23. Più breve discorso richiede la categoria di necessità, anche perchè questo termine fa parte del linguaggio giuridico corrente e connota alcuni istituti ben noti e su cui è superfluo soffermarsi in

questa sede. Si deve però portare l'attenzione sul fatto che, nelle sue applicazioni più diffuse, necessità è concetto che opera all'interno del principio di legalità, anche se tale principio, a fronte di tale categoria, si contrae nelle sue minime dimensioni; opera cioè all'interno di un ordinamento dato, legittimando singoli, per quanto ampi poteri dell'autorità pubblica e non l'ordinamento in quanto tale. Nella vicenda di cui stiamo parlando invece la situazione è inversa perché 'necessità' opera essenzialmente, e comunque *prima*, rispetto al più ampio problema della fondazione dello Stato in quanto tale, e solo successivamente in ordine al problema dei c.d. atti necessitati. E quello che qui preme soprattutto di porre in evidenza è come questa generale funzione fondante di 'necessità' continui a esercitare una penetrante influenza nell'attuale diritto pubblico *al di fuori* degli specifici temi in cui il termine compare, informando in modo indiretto, e talvolta occulto, altri concetti e istituti che in apparenza con tale categoria non hanno nulla a che fare.

Il discorso ci riporta ancora una volta al nodo storico-politico del problema: affermare la priorità del «governo» nei confronti delle rappresentanze popolari, proteggere la stabilità e perpetuità dello Stato-popolo-organismo dalle accidentalità e precarietà delle manifestazioni volontaristiche e contrattualistiche del potere. Mi limito qui a rinviare alle efficaci pagine di Fioravanti sul conflitto costituzionale tedesco del '62-66 e sul pensiero in proposito del suo protagonista e del suo teorizzatore; o all'apposito capitolo in cui Costa analizza le varianti e i significati che la categoria in questione assume nella giuspubblicistica nazionale.

Inadeguatamente sintetizzando si può dire che nella accezione e rispetto alla funzione che qui interessa, 'necessità' rappresenta un distinto terreno di perseguimento e di teorizzazione di quel centrale obiettivo, nel senso che lo Stato (inteso come potere, governo, Verwaltung) deve essere, e stabilmente è, in quanto deve svolgere attività e curare interessi da cui non si può prescindere e di cui non si può discutere, in quanto appunto necessari, consustanziali alle esistenze stesse dello Stato e della comunità. Niente meglio delle parole di Bismarck e di Laband prima citate sulla impensabilità di uno «Stillstand der Staatstätigkeit» potrebbe illuminare questo versante del discorso, per porre in rilievo, in particolare, come (questa) necessità, pur concorrendo con 'totalità', si ponga con quest'ultima in un rapporto qualitativamente assai diverso.

Negli schemi più indietro ricordati 'totalità' svolge una funzione primaria, tanto nel qualificare l'organismo sociale quanto nel presiedere alla sua trasposizione sul polo statale: certo, essa reca in sé, in qualche modo, anche un attributo di necessità (il tutto non ha alternative a se stesso, quindi è necessario), ma si tratta appunto di un attributo, a cui si giunge successivamente. Nel senso da ultimo

accennato accade invece l'inverso: l'accento è posto in via primaria ed essenziale su 'necessità' che *poi*, eventualmente, conduce a 'totalità'. Anche qui non posso che rinviare alle pagine in cui Costa analizza, sotto questo ulteriore profilo, il rapporto Orlando-Romano, notando come la concezione propria di quest'ultimo del rapporto fatto-diritto, la identificazione del fatto con il suo necessario disporsi in assetto statutale, tolga al popolo della tradizione savigniana e orlandiana ogni rilevanza diretta per la rappresentazione giuridica del politico. E qualcosa di simile può riscontrarsi, a mio avviso, nel rapporto Gerber-Laband.

In altri termini nel primo schema la totalità (sociale) opera geneticamente verso lo Stato (diritto) e dunque contiene, anche se solo oggettivamente e spesso implicitamente, l'idea di consenso, nel secondo il nucleo fondante sta invece nell'endiadi fatto-necessità che certo, in quanto concepita come imprescindibilità della cura di interessi, rinvia pure ad un soggetto (totale) degli stessi: ma questo soggetto è *già* lo Stato, risultando pretermesso ogni passaggio attraverso il consenso, empirico, immaginario o presunto che sia. 'Necessità' quindi è vicina a 'effettività' ma con la significativa integrazione di 'doverosità': ciò che è è (e potrebbe essere diversamente), ciò che è necessario deve essere (e non ammette alternative).

24. Ma torniamo a noi, al modo cioè in cui questa idea di necessità, fuori dai casi tipici in cui risulta imbrigliata nel principio di legalità (ed in cui quindi muta radicalmente di significato) manifesta la sua perdurante influenza; ed anche qui sia consentito non andare oltre ad una elencazione di alcuni temi che secondo me presentano spunti di riflessione in proposito.

Un primo gruppo riguarda una accezione, o una applicazione particolare dell'idea di necessità che può definirsi come esigenza di autoconservazione dello Stato: di conservazione cioè di qualche dato stabile e perpetuo che è problematico volta per volta definire ma che comunque si colloca al di fuori (e al di sopra) della logica e dei meccanismi dell'ordinamento come sistema chiuso e «codificato» nella Costituzione. Penso anzitutto ad alcune norme della Costituzione stessa, come l'art. 139 che, nella sua impervia struttura logica, per un verso innesca un meccanismo di autodistruzione dell'ordinamento ma per l'altro proietta un elemento costitutivo di esso in una dimensione di fissità, di eternità, appunto di necessità, che a sua volta è trasposizione sul polo statutale di un fatto storicamente e politicamente fondante. E analogamente opera la XII disp. transitoria, che pure erige (sulla carta, s'intende) una barriera contro trasformazioni del sistema altrimenti possibili in virtù dei principi di libertà associativa e politica. Si tratta di esempi in cui il giudizio (positivo) di valore sugli oggetti della protezione può deviare la rappresentazione concettuale, che peraltro mi sembra rientrare negli schemi accennati, in quanto diretta

ad affermare la stabilità-necessità extra ed ultragiuridica di situazioni storico-politiche, e dunque fattuali.

Esempi più diretti (e rispetto ai quali il giudizio di valore è opinabile, e quindi meno deviante) possono trovarsi nel ricorrente tentativo dei costituzionalisti di rintracciare la continuità formale anche delle più accentuate rotture istituzionali, tentativo da cui traspare una repulsione di fondo verso l'idea che lo Stato (nelle sue molteplici accezioni) possa estinguersi e rinascere, e dunque una aspirazione a sottrarlo alla contingenza storica, a potersi riferire ad una entità immutabile e necessaria.

E ancora in questa chiave sono forse leggibili, questa volta all'interno del sistema, varie vicende in cui si consolida e si difende un determinato assetto di costituzione materiale rispetto allo sviluppo di alternative possibili: penso al rapporto Governo-Parlamento che si sta sempre più esplicitamente riproponendo nei vecchi termini di scontro tra stabilità-unità-necessità dello Stato e frammentazione-disgregazione della rappresentanza politica; penso al coerente sovrapporsi del sistema dei partiti alle istituzioni e al suo porsi come «moderno principe» (ma meglio sarebbe dire moderno monarca) contro le espressioni formali della democrazia rappresentativa; penso alla malinconica parabola che porta il referendum dalla mutilazione alla ridicolizzazione. E infine, come massima e drammatica emergenza della necessità-autoconservazione, può vedersi la riproposizione, da più parti avanzata negli anni salienti del terrorismo, della c.d. teoria funzionalistica dei diritti fondamentali di libertà, di quella inversione cioè del rapporto tra libertà e democrazia in virtù della quale è la prima a dover cedere quando è (o si affermi che sia) in pericolo la seconda. Quale che sia, anche qui, il giudizio di valore, non si può non riscontrare come lo Stato prevalga sull'individuo, il tutto nella parte, il necessario sul contingente.

In un secondo gruppo di temi 'necessità' ricompare invece nel suo più tipico significato di imprescindibilità-indiscutibilità della cura di interessi, dello svolgimento di attività: si tratta, è superfluo dirlo, dei molti temi che riguardano il Governo e tra questi vorrei citare solo quello del potere regolamentare e organizzativo, che riguarda poi, complessivamente, l'intera pubblica amministrazione. Sappiamo, a questo proposito, come sia tradizionalmente forte e tuttora persistente la tendenza a sottrarre tali poteri al principio di legalità, a radicarne la sussistenza proprio in quel principio di autolegittimazione fattuale ed espansiva che eleva la *Staatstätigkeit* al di sopra di ogni altra regola o che comunque assume la legalità (secondo un'altra ben nota formula) come limite e non come criterio fondante. E non a caso si riscontra come manchi a tutt'oggi una soddisfacente classificazione e qualificazione, e addirittura una analitica identificazione dei relativi atti, che sfuggono così allo stesso principio di tipicità.

Non mancano, è pure vero, orientamenti diversi, intesi a fornire di un fondamento costituzionale questa esigenza «reale» e il relativo generale potere del Governo e della P.A.: ma è significativo come la più suggestiva e convincente tra queste teorie, quella relativa alla funzione di organizzazione, costruisca sull'art. 97 un principio di «efficienza» e ricerchi nella tradizione tedesca le premesse e le strutture concettuali del discorso.

Il terzo gruppo ci riconduce, sotto un diverso profilo, alla nozione di interesse pubblico e al modo in cui questa presiede alla definizione del nucleo «forte» del diritto amministrativo: penso essenzialmente alla «autorità» dell'agire (prima ancora che degli atti) dell'amministrazione e alle sue principali manifestazioni, a tutti ben note, in ciascuna delle quali è visibile, con maggiore o minore chiarezza l'idea di necessità; necessità che la P.A. agisca, svolga i suoi compiti, curi, appunto, gli interessi pubblici in posizione di supremazia e in modo tempestivo, efficace, continuativo, non intralciato più che tanto dalla resistenza di interessi individuali o dal sindacato giurisdizionale. Non entro nel merito perchè, almeno in termini generali, il carattere «necessitato» di molti istituti amministrativi mi pare evidente; e il libro di Sordi, come si è prima ricordato, offre in questo senso una limpida chiave di lettura quando sottolinea come e in che misura la cultura ottocentesca dello Stato si sia imposta «dall'alto» sulle varie direzioni di sviluppo potenzialmente insite nel diritto positivo. Certo, in qualche misura, i caratteri autoritativi dell'agire amministrativo sono direttamente deducibili dalla legge e dunque la «necessità» su cui si fondano risulta incorporata e subordinata al principio di legalità; il che comunque non risolve il problema, restando da vedere se e come essi risultino compatibili con i principi costituzionali. Ma in misura assai maggiore, com'è noto, essi sono stati costruiti e tramandati come principi generali, vigenti indipendentemente da uno specifico fondamento positivo e dalla relativa, e astrattamente «aperta» costruzione sistematica, e in quanto tali si sono collocati al di fuori e al di sopra della legalità, anche costituzionale.

Ed è in questa consistenza e stabilità di principi che la categoria di necessità opera più scopertamente, tanto come fattore legittimante quanto come connettivo in cui si svolge la continuità tra Stato-governo e Stato-soggetto amministrativo: ed opera, come si è già visto, in modo concorrente ma autonomo rispetto a quello di totalità, perchè quest'ultima dell'interesse pubblico evidenzia l'appartenenza collettiva e il conseguente (pur se presunto) consenso rispetto all'azione amministrativa; e ciò serve ad affermare la sovraordinazione dell'interesse pubblico su quello privato, ma non qualifica ancora univocamente le modalità della sovraordinazione stessa, non è sufficiente ad affermare una espansione tendenzialmente illimitata dell'autorità, specialmente

in quell'area in cui il diritto positivo potrebbe consentire soluzioni diverse.

È a questo punto che si inserisce il pre-giudizio di necessità, il principio per cui il potere amministrativo *deve* prevalere in quanto forza originaria e autolegittimata, in quanto manifestazione di uno Stato assiomaticamente pensato come necessario solo in quanto esistente.

III

25. «La portata radicalmente innovativa di una teoria si misura sulla sua non contenibilità nel referente».

Assumo ancora una limpida asserzione di Pietro Costa per avviare il discorso a conclusione ed a qualche indicazione di possibili alternative.

Riducendo all'essenziale il significato dell'esperienza qui considerata si può dire:

a) che la cultura giuspubblicistica si definisca intorno al compito di costruire scientificamente il diritto pubblico e lo Stato;

b) che essa si identifichi, nella sua unità-continuità disciplinare, nella struttura del suo referente, caratterizzato dalla necessaria bipolarità Stato-società civile, entro la quale sono concepibili modelli diversi;

c) che il problema *scientifico* consiste nell'individuare un principio e un metodo ordinatore che consenta di leggere il rapporto Stato-società in senso discendente, di qualificare la seconda in relazione al primo;

d) che peraltro tale problema si presenti doppiato o inestricabilmente connesso con quello, *politico-ideologico* di fondare la legittimità dello Stato rappresentando, a tal fine un rapporto di direzione inversa tra società e Stato, tra fatto e diritto;

e) che questi due ordini di processi assumano come condizioni logiche le categorie di totalità e necessità;

f) che l'intera esperienza si origini e resti costantemente orientata intorno al rifiuto della cultura individualistica, volontaristica e contrattualistica;

g) che dunque la contraddizione fondamentale del diritto pubblico attuale risulti quella intercorrente tra la persistenza di questa tradizione e la riproposizione costituzionale dei valori liberaldemocratici.

Per superare questa contraddizione sono possibili diverse vie. La prima potrebbe consistere nella ridefinizione dei due poli del campo teorico, in una revisione cioè dei concetti o delle immagini di Stato e di società civile: una via che, in astratto, in quanto ancora interna alla tradizione disciplinare, potrebbe apparire la meno impegnativa e

«sovversiva», ma che invece ritengo difficilmente praticabile. Quale immagine di società civile, anzitutto, potremmo prendere a modello (o, eventualmente, ricostruire ex novo)? Superare la cultura organicistica e la categoria di totalità che ne sostiene le infinite varianti è certamente l'indicazione che abbiamo visto emergere dalle pagine dei nostri storici: ma in che direzione? Verso una immagine conflittuale, contraddittoria del sociale, si risponde: ma nell'approfondire tale ipotesi si dovrebbe tener conto di alcuni rilievi già prospettati, per cui o la conflittualità ci riconduce ancora, in ultima analisi, a un disegno sovrastante, a un ordine immanente che agiscono come presupposti della sua stessa legittimità, ovvero diventa pura fattualità, sulle cui basi è difficile fondare una giuspubblicistica che non sia... di tipo bismarckiano (Conflicte... werden zu Machtfragen). A ciò si aggiunga, su un piano di osservazione empirica, che il sociale sembra non avere una terza via tra emarginazione e istituzionalizzazione: così come normalmente lo raffiguriamo ogni suo movimento, anche il più segnato dalla conflittualità e dalla opposizione, sembra inevitabilmente condannato a farsi Stato o a sparire; o, quanto meno, le vie di una sua alterità dialettica e i relativi strumenti e contesti di analisi restano tutti da identificare.

E, correlativamente, a quale Stato possiamo oggi ragionevolmente pensare? Prospettare rigenerazioni «sociali» della sua legittimità e autorità, fino al suo diffuso assorbimento nella istituzionalità dei gruppi ci riconduce, estremizzando, ad un organicismo pre-moderno: contraddice, è vero, la cultura tardo ottocentesca, ma *ci priva di un contributo fondamentale che questa ci ha dato costruendo scientificamente un soggetto determinato titolare dell'autorità*, una struttura in cui questa visibilmente si espone, diventa apprezzabile, discutibile, aggredibile nella logica e con gli strumenti del diritto; un contributo irreversibile, perché in definitiva *complementare all'unificazione formale del concetto di individuo raggiunta dalla cultura illuministica*. Disperdere lo Stato-autorità nel pluralismo sociale significherebbe insomma tornare a frantumare l'individuo nelle sue particolari determinazioni (e l'avvio di un simile processo è evidente). D'altra parte con quali fondamenti e con quale convinzione che possano non apparire patetiche si può oggi riproporre una concezione volontaristica e contrattualistica della rappresentanza democratica e del principio di legalità? Su quali basi riproporre l'autonomia delle istituzioni, ormai ridotte a labile vincolo procedurale di decisioni che si formano altrove? Come ritrovare la definizione e l'equilibrio di poteri in un inestricabile giuoco di supplenze, rinunce e usurpazioni? Come ripristinare il ruolo stesso della legge che da strumento di garanzia (come si è efficacemente detto), è per lo più divenuta fattore contro cui garantirsi? E che senso dare alla stessa volontà popolare nella geometrica accelerazione delle tecniche e dei sistemi comunicativi?

Non tutte queste domande sono retoriche: ma evito di affrontarle sia, ovviamente, per la loro portata, sia perchè intendo concentrare il discorso su un diverso e più limitato profilo. Vorrei cioè riprendere l'osservazione per cui è diventata problematica la stessa definizione e collocazione dei singoli fenomeni sociali, politici e istituzionali nel contesto dello schema bipolare Stato-società civile. Questa polarità sempre meno è percepibile come assetto lineare, percorribile in direzioni alternative, ma con punti di partenza e di arrivo chiaramente definiti a seconda dei significati e delle funzioni del discorso: essa si dispone invece, o meglio si trasforma, in *circolarità*, e circolarità significa impossibilità di distinguere tra tali significati e funzioni. Così lo Stato cerca una legittimazione nel sociale, ma nel far questo qualifica e in qualche misura *crea* il sociale in cui legittimarsi; e viceversa il sociale tende a farsi Stato ma a tal fine deve invocare una protezione, o la propria sovraqualificazione, dallo Stato in cui cerca di avere ingresso. Tra fondazione (ascendente) e qualificazione (discendente) vi è dunque un continuo rinvio in cui si cancella la stessa duplicità di direzione del processo e si produce una indistinzione nella quale l'unica e unificata emergenza, in qualunque punto percepibile, è il potere: *potere di cui peraltro non è più predicabile la natura sociale o statutale, privata o pubblica*, ma che appare soltanto e complessivamente come tale.

Tale circolarità è probabilmente nascosta anche nei vari schemi bipolari ottocenteschi, ma non era allora percepibile perchè la proposizione di questi in assetto lineare dava forma ad una più nettamente dislocata bipolarità «reale»; quando oggi si parla invece, e con fondamento, di statalizzazione della società e di socializzazione dello Stato, se ne devono trarre le conseguenze rispetto alla rappresentazione concettuale, in termini appunto di circolarità, e dunque di unità. In tal senso sembrano muoversi le rappresentazioni sistemiche del politico, che prescindono dalla qualificazione sociale o statutale dei fenomeni e dei soggetti per organizzare su un unico livello le relative interazioni.

26. Ma se queste considerazioni hanno un senso esse portano a delineare una diversa via per superare la contraddizione individuata come centrale per l'odierna giuspubblicistica: quella appunto di fuoriuscire dalla struttura stessa del referente e di costruire soluzioni alternative.

La pars destruens di questo lavoro mi pare, in base a quanto appena detto, dotata di qualche plausibilità: la coppia Stato-società civile ha esaurito le proprie attitudine a svolgere entrambe le funzioni ad essa fino ad oggi assegnate, tanto quella fondante quanto quella ordinante. La categoria di totalità, come connettivo della loro comunicazione può infatti restare in ombra fin quando l'attenzione è attratta dalla chiarezza della contrapposizione bipolare: ma quando

questa si offusca è tale categoria a risaltare in primo piano, invertendo la prospettiva, evidenziando la circolarità e l'integrazione tra sociale e statale, svelando in ultima analisi come l'uno e l'altro *congiuntamente operano verso il comune obbiettivo di emarginare l'individuo in entrambe le sedi*, di rendergli inaccessibile l'apparato concettuale giuspubblicistico, o, al più, di consentirgli di raggiungerlo solo come presenza subordinata e riflessa.

Quanto alla *pars construens* è chiaro che se ne può parlare solo in termini neppure di ipotesi ma di suggestioni e fantasie del tutto incontrollate che il discorso fin qui condotto in qualche modo genera. E su questo piano l'indicazione di fondo è chiara: riunificata la coppia Stato-società civile entro l'unità del concetto di potere, *l'unica bipolarità possibile è quella che oppone il potere stesso, pubblico o privato, sociale o statale, all'individuo* e il «modello» da elaborare entro questo schema non può non assumere la centralità di quest'ultimo.

Le linee direttrici e i risultati auspicabili di un simile programma sono principalmente i seguenti:

a) rendere possibile l'ingresso nel discorso di enunciati e immagini antropologiche alternative;

b) restituire al discorso stesso una diversa dinamica, uscendo dalla stagnazione in cui lo costringe la sua consolidata bipolarità;

c) porre le basi per una effettiva e «piena liberazione» dei valori costituzionali dalla persistenza della tradizione;

d) verificare ex novo l'impianto concettuale, i principi guida e le singole soluzioni delle discipline giuspubblicistiche sulla base esclusiva o dominante di detti valori.

Sul primo punto vorrei fare soltanto una precisazione, diretta ad evitare fraintendimenti. Si è visto come una costante della cultura giuspubblicistica sia il pessimismo antropologico, a cui viene contrapposto il valore positivo della collettività organica (società, Stato): e dunque la proposizione della centralità dell'individuo, che appare (e per molti aspetti è) come un rovesciamento del discorso, potrebbe essere intesa come dipendente o comunque collegata ad un opposto giudizio di valore. Simili simmetrie sono invece tanto semplici quanto false perchè da un lato ci possono ben essere concezioni organicistiche che muovono dalla naturale socievolezza dell'uomo, dall'altro il pessimismo antropologico può risultare compatibile, e talvolta può costituire la base, di concezioni volontaristiche e contrattualistiche: basti pensare a Hobbes. Senza nascondere le personali simpatie per quest'ultimo, vorrei però dire che da simili giudizi si può prescindere al fine che qui interessa, che è solo quello di ipotizzare, forse paradossalmente, che l'unica totalità pensabile (nel bene e nel male) sia l'individuo, o meglio che questi sia l'unico universale astraibile entro gli orizzonti di una cultura «moderna» che, con buona pace di chi ogni decennio decreta svolte epocali, deve ancora svolgere la sua potenzia-

lità e che sola si presenta come idonea, nel lungo periodo, a controllare e indirizzare il processo planetario di unificazione dei bisogni dell'uomo e del suo rapporto con l'ambiente.

Riguardo ai punti successivi del «programma» devo dare atto che, formulata in modo tanto schematico e semplicistico, la nuova bipolarità e il nuovo «modello» su cui ricostruire il diritto pubblico possono sembrare giuochi di parole o, al più, esperimenti di simulazione dogmatica, buoni forse per un laboratorio concettuale ma incapaci di prendere contatto con la corposa e ben altrimenti complessa «realtà» delle norme, dei giudici, dei pubblici poteri.

Mi sembra però di poter aggiungere che tali esperimenti acquistino maggiore credibilità ove si consideri come il modello fabbricato in vitro vada a incontrare in modo spesso assai significativo una serie di tendenze già in atto, che pure emergono con fatica entro la tradizione e contro singole manifestazioni di questa: l'ulteriore ipotesi è dunque che il modello stesso possa porsi come quadro unificante di tali tendenze e che soprattutto, aggredendo direttamente la struttura portante del sistema concettuale, sia in grado di rimuovere l'ostacolo principale che esse incontrano e di fronte a cui ripiegano intimidite. Ho detto più volte che la nostra giuspubblicistica si è mossa con grave ritardo e con mille esitazioni sulla via del confronto tra Costituzione e tradizione disciplinare: ma è pur vero che, specialmente nell'ultimo decennio, qualcosa si è mosso nella direzione qui indicata e che mai come adesso il momento è maturo per tentare una radicale inversione di tendenza.

Alcune indicazioni risultano già implicitamente negli accenni fatti al modo in cui i singoli temi delle nostre discipline risultano pervasi dalla tradizione: vorrei ora provare a riprenderne in positivo alcuni e a proporre altri in un elenco del tutto frammentario e abbozzato il cui unico scopo è quello di attribuire al discorso una qualche prospettiva di sviluppo operativo.

27. Una rilettura in chiave individualistica del nostro sistema trova la sua chiave di volta, ovviamente, nell'art. 2 Cost. tanto nel suo aspetto statico e difensivo (garanzia dei diritti inviolabili) quanto in quello dinamico e attivo (sviluppo della personalità), sviluppo di cui lo stesso art. 2 e il secondo comma dell'art. 3 indicano le dimensioni e i contesti (le formazioni sociali, l'organizzazione politica, economica e sociale del paese). Ma è proprio qui, come ho già accennato, e come ho già più volte cercato di motivare, che la tradizione, quasi senza combattere, ha conquistato (o mantenuto) una posizione decisiva: contro questa limpida e univoca raffigurazione di centralità del singolo le culture organicistiche (provenienti da opposte storie ma in questo solidali) hanno efficacemente approntato le loro difese, riproponendo la priorità dei gruppi, della società e dello Stato; quei principi costituzionali che esplicitamente indicavano l'individuo come polo

fondamentale della teoria giuspubblicistica venivano rovesciati di segno e, una volta emarginato l'individuo stesso rispetto alle sue dimensioni collettive, la consueta bipolarità tra Stato e società civile poteva tranquillamente mantenere il proprio ruolo e assorbire la nuova realtà costituzionale senza eccessivi turbamenti.

Qui dunque si mostra con tutta evidenza uno (anzi lo) snodo fondamentale tra la dottrina dello Stato di cui parlano i nostri storici, il sistema costituzionale, i principi del diritto pubblico e la costruzione dei singoli istituti. Emarginazione, a questo livello, dell'individuo, significa emarginazione del principio volontaristico nella teoria dei gruppi sociali, raffigurazione della «sintesi» (contro la «somma») come criterio di identificazione del gruppo e come ragione della sua priorità sul singolo, significa mantenimento di quel connettivo logico-giuridico tra società e Stato che consente di prospettare come possibile ma anche come esaustiva e chiusa la loro bipolarità.

Ho già accennato ai principali temi che restano profondamente segnati da questa operazione: l'autonomia collettiva e la rappresentatività, l'ingresso dei sindacati nelle strutture e nei processi istituzionali, la legittimazione dei gruppi economici e professionali come autonomie costituzionalmente rilevanti, le varie forme e versioni del principio di partecipazione, l'incanalarsi di certe ineludibili esigenze di tutela giurisdizionale nella dinamica collettiva. E non mi soffermo a indicare, perchè sono del tutto evidenti e perchè, pur con impari forze, il principio volontaristico ha combattuto qualche battaglia, quali diversi sviluppi ciascuno di questi temi avrebbe avuto se la lettura dell'art. 2 fosse stata quella più aderente al suo significato letterale e alle sue più lontane radici culturali.

Vorrei solo dare atto (tra le tante) di una possibile obiezione, che cioè il proposto «declassamento» della bipolarità tra Stato e società civile possa risolversi, contro le intenzioni, in una perdita di qualificazione «privatistica» dei gruppi sociali. Mi sembra vero il contrario, perchè è proprio questa bipolarità, nella sua solo apparente divaricazione, a presupporre (occultandola) una vocazione pubblicistica del sociale, mentre il principio individualistico qualifica con chiarezza il sociale come privato, o almeno consente di distinguere con minori ambiguità se e dove (e a quali condizioni) esso venga attratto nel pubblico.

Concludendo su questo punto si può anche dire che, al di là degli specifici temi citati, la priorità del principio individualistico diventi criterio guida rispetto a problemi risolvibili solo in apicibus, a livello di ponderazione tra principi e valori costituzionali confliggenti: e qui posso citare invece una tendenza in atto, e in ascesa, che riguarda il principio di tutela giurisdizionale. In sintesi, quando si afferma che l'art. 24 è una norma costituzionale di valore superiore, non si fa altro che indicare un criterio di prevalenza, stabilire una gerarchia tra valori

costituzionali idonea a raggiungere una serie indefinita di piccole e grandi questioni; ed è evidente, anche attraverso l'analisi specifica di quelle già risolte in questo senso e di quelle che sarebbero mature per esserlo, come questa valorizzazione dell'art. 24 costituisca una vistosa manifestazione del principio di centralità delle ragioni dell'individuo e della loro priorità tendenziale nei confronti di ogni altra, interessi collettivi e pubblici compresi.

28. Altri spunti di un certo interesse potrebbero ricavarsi ripercorrendo sotto questa luce, il dibattito sulle riforme istituzionali, o, più ampiamente, sulle forme e il funzionamento attuale della democrazia politica. Si potrebbe infatti osservare che, nei termini in cui da tempo è posto (e mi limito a riferirmi ai suoi livelli «nobili») tale dibattito non appare facilmente permeabile e influenzabile dalla prospettiva qui avanzata. E ciò in larga misura è vero, perchè i suoi temi dominanti (sistemi elettorali, rapporto Parlamento-Governo, funzione di indirizzo politico, ruolo dei partiti, neocorporativismo, ecc.) ruotano univocamente intorno alla questione del potere, del rapporto economia-politica-Stato e dunque si presentano come integralmente strutturati nel classico schema Stato-società civile.

Ma qui sta il punto: non è la «natura» obbiettiva dei problemi a imporre questo schema come dominante, ma è una cultura strutturata sullo schema stesso (e solidamente reincarnata in nuovi soggetti e sistemi politico-sociali) a raffigurare la «realtà» dei problemi in quei termini, o quanto meno ad affermare la priorità rispetto ad altri. Certamente dunque è difficile per una cultura alternativa, fondata sulla centralità dell'individuo, e che lo assuma come polo fondamentale del discorso, svolgere una significativa influenza su un dibattito così impostato; e accettare questo terreno significa inevitabilmente porsi in una posizione di debolezza, svolgere un ruolo marginale. Dove invece tale cultura può e deve affermarsi è sul modo stesso di porre il problema della democrazia, proponendo provocatoriamente di rovesciare l'ordine di priorità dei problemi, accantonando quelli attinenti alla struttura e alla legittimazione del potere e ponendo al centro della attenzione quelli che valorizzano e potenziano l'individuo nella sua opposizione (nel senso astratto di alterità-estraneità) al potere stesso: e ciò non solo per effettuare una verifica «esterna» delle attitudini di questa democrazia a soddisfare effettivamente i bisogni individuali, ma nell'ipotesi che lo sviluppo delle personalità e dei poteri individuali *costituisca una autonoma forza, capace di riformare le istituzioni in modo assai più incisivo delle più brillanti escogitazioni di ingegneria istituzionale.*

Sembra profilarsi, a questo punto, la fatale domanda su chi sia nato prima tra democrazia e libertà (e soprattutto l'implicita risposta per cui la seconda ha spazio e possibilità solo in presenza della prima): ma evito di invischiare il discorso su questo dilemma e proseguo segnalando altri

temi che mi sembrano assai significativi per una sua giustificazione e per un suo sviluppo.

Il primo è quello della «trasparenza», dell'accesso all'informazione su tutto quanto attiene alla cosa pubblica. Non entro nel merito, dando per scontati i molteplici significati e le numerosissime applicazioni aggregabili intorno a tale termine, e mi limito ad una osservazione. Che il segreto in senso proprio o la difficoltà di accesso alle informazioni significative siano elementi costitutivi del potere, comunque e dovunque costituito, è una antica idea della cui verità credo che nessuno dubiti: ma è altrettanto chiaro che pochi sono disposti non dico a operare in questa direzione ma anche solo ad attribuire a questa connessione l'importanza centrale che ha: e ciò è tanto più significativo in un'epoca in cui si moltiplica, certo, la massa di informazioni ma ancor più rapidamente la possibilità tecnica di metterle a disposizione di chiunque. Di spiegazioni di questa strana contraddizione ce ne sono molte, e non tutte confessabili: ma una mi sembra particolarmente significativa in questo contesto.

L'informazione è legata al potere, si è detto: e ciò implica che, nella logica del potere stesso, sia lecito acquisirla solo in quanto si sia coinvolti nel suo esercizio, nel suo sistema di relazioni, ci si assoggetti alle mediazioni e alle corresponsabilità che l'uso, in sé altamente 'pericoloso', dell'informazione stessa comporta. Si spiega così perché un accesso uguale, diffuso, agevole all'informazione non solo non sia realizzato (destino in verità comune a tutte le riforme istituzionali) ma neppure riconosciuto come problema significativo e prioritario per le sorti della democrazia: perché si risolverebbe in uno strumento direttamente disponibile da parte del cittadino, dell'individuo come tale, come «altro» ed estraneo rispetto ad ogni struttura di potere; strumento utilizzabile nei modi più diversi, ma il cui potenziale risulterebbe moltiplicato proprio da questa qualità di chi ne dispone. Non a caso, se a qualcuno talvolta (almeno sulla carta) l'accesso è consentito, si tratta di gruppi sociali. E in questo tema non c'è solo una valenza oppositiva: ce n'è, ben più importante, una *conformativa* del sistema di potere che, esposto a questo diretto rapporto con l'individuo, dovrebbe trasformarsi in modo ben più radicale di quanto non comportino le riforme «istituzionali» ufficialmente riconosciute come tali.

Al massimo livello dell'ordinamento il principio di trasparenza assume i caratteri della certezza del diritto e di qui trascorre verso il principio di legalità; ed a questo proposito ciò che ha da dire una cultura individualistica è tanto chiaro da richiedere appena un cenno. I noti fenomeni della amministrativizzazione e della settorializzazione della legge, la caduta di certezza non solo dei singoli gruppi di norme ma dei principi che danno all'ordinamento il suo carattere di sistema sono strettamente correlati ad una perdita di universalità dell'indi-

duo, alla sua frantumazione in singole figure particolari, identificabili solo in relazione alla sua appartenenza a gruppi sociali, in una parola alla sua *scomparsa come unità concettuale rilevante nella cultura giurispubblicistica*. La stessa moltiplicazione degli «statuti delle libertà» correlati alle diverse posizioni (professionali, sociali, religiose, territoriali, linguistiche) dei singoli hanno ormai perso la originaria funzione di stadi di avvicinamento a una condizione generale di libertà e mostrano l'opposto volto del particolarismo e della disuguaglianza.

Là dove poi la certezza e la legalità si calano nel caso concreto emergono ulteriori profili dello stesso discorso: il problema della tutela giurisdizionale, per quanto segni, come si è detto, significativi progressi sul piano teorico, arretra sempre più su quello della concreta amministrazione della funzione. Ma se si guarda, ancora, alle effettive priorità, si può constatare come detta funzione occupi seriamente la scena politica e culturale solo in quanto si presenti come problema di distribuzione del potere ed assai meno quando sia, come quotidianamente è, in giuoco l'aspirazione del singolo ad avere tempestiva ed efficiente tutela.

Ed a questo proposito non si può non far cenno a quel complesso di problemi che si riassume nella espressione «nuovi diritti». Espressione tanto generica sul piano tecnico quanto chiara nella esigenza che esprime, quella cioè di riproporre la centralità-priorità del singolo, di svincolare dall'ipoteca della totalità e di far affiorare nella dimensione della legalità-tutela nuove dimensioni della soggettività, e quindi di affermare nuovi criteri di individuazione delle situazioni tutelate e al tempo stesso la loro «non degradabilità», assolutezza, prevalenza di fronte all'«interesse pubblico» comunque prospettato. Una tendenza, non a caso, che stenta a trovare una sistemazione concettuale e che dovrebbe impegnare, assai più di quanto non avvenga, il lavoro dei giuristi.

29. Un discorso a parte meriterebbe il diritto amministrativo dove forse più dura, diffusa, insidiosa persiste ancora la tradizione. Ho già accennato più volte ai punti più significativi in cui tale persistenza emerge e vorrei qui solo riassumerli ricordando come l'autorità dell'atto amministrativo venga identificata (ed accettata) come «una serie di principi non scritti che lo Stato contemporaneo ha tratto dallo Stato assoluto, temperandoli ed adattandoli alle mutate situazioni costituzionali»: e questo proprio da parte della dottrina che prima e più di ogni altra si è impegnata in un globale disegno rinnovatore.

Credo che anche qui il momento sia maturo per compiere un salto qualitativo, capace di raccogliere e ordinare le numerose e significative tendenze in atto: un salto però che richiede un radicale rovesciamento di prospettiva.

Non si tratta cioè più di temperare e adattare i principi dello Stato assoluto ma di farne tabula rasa, e affrontare, *come se la tradizione*

amministrativistica non esistesse, il problema della posizione costituzionale dell'amministrazione. Riuscendo a compiere questo invero non facile esercizio mentale, si renderebbe d'un tratto chiarissimo come nella Costituzione *non sia in realtà rintracciabile alcuno specifico fondamento in positivo dei principi di supremazia della Pubblica amministrazione e dell'autorità dei suoi atti*, e come dunque sia del tutto inammissibile l'operazione di costituire tali principi anche soltanto come polo dialettico opposto a libertà. Una simile dialettica sussiste certamente sul piano storico-politico ma è del tutto arbitrario trasporre tale schema sul piano dell'ordinamento costituzionale dove ince «autorità» (della PA) *non si oppone ma si subordina* a 'libertà-legalità'.

Ricordiamo come la tesi dominante, in una prima fase post-costituzionale, fu quella fondata sulla recezione in essa del preesistente sistema, recezione che sarebbe stata operata dagli art. 103 e 113; tale tesi è stata criticata e, nei suoi aspetti più conservatori, superata; ma ne resiste ancora, a mio avviso, il nucleo più nascosto e quindi più insidioso: l'individuazione cioè, non tanto nel riferimento alla doppia giurisdizione e al criterio di riparto, ma nella stessa *menzione* dell'interesse legittimo, del varco attraverso cui la tradizione viene immessa nell'ordinamento costituzionale. Interesse legittimo, si dice (o si sottintende) in sostanza, è nozione non definita dalla Costituzione, e dunque definibile solo attraverso un rinvio alla sua elaborazione dottrinale e giurisprudenziale: e non c'è dubbio che tale nozione costituisca una sintesi verbale, un condensato ex parte subiecti dell'intero sistema, fondato, con le note modalità, sulla prevalenza dell'interesse pubblico e dei principi di autorità e supremazia. Ma, osservandolo con atteggiamento esterno e distaccato, c'è da chiedersi oggi come un simile schema argomentativo, utilizzato a fini di interpretazione costituzionale, possa essere stato concepito e pressoché pacificamente accettato; e soprattutto come esso abbia potuto tranquillamente convivere con la parallela illustrazione dei nuovi principi garantistici e la progressiva affermazione del carattere sostanziale dell'interesse legittimo.

Che non si potesse, nel ridefinire tale nozione, prescindere da decenni di retrostante elaborazione è fin troppo ovvio: ma di *ridefinire* appunto si trattava, nel generale contesto liberalgarantistico della Costituzione, dei principi di legalità e imparzialità da essa imposti all'amministrazione e soprattutto in base al profondo significato che nell'art. 24 assume l'equiparazione tra diritto soggettivo e interesse legittimo (dell'interesse legittimo al diritto soggettivo) come situazioni tutelate; equiparazione che significa garanzia per entrambe di «giudici e processi che siano tali nel pieno significato dei termini», al fine di una effettiva e piena attribuzione al loro titolare di quel bene che la legge astrattamente gli attribuisce.

Assumendo dunque come «punto logico di partenza» la priorità dei

valori individualistici che la Costituzione afferma con chiarezza nel rapporto tra cittadino e amministrazione, non solo perde di ogni possibile giustificazione la sussistenza, come tali, di principi generali *dedotti* da una certa dottrina dello Stato ma, anche là dove questi risultino formulati dal diritto positivo o direttamente costruibili sulle sue basi, si rende necessario sottoporli a una rigorosa verifica, e nelle strette maglie di quei valori costituzionali non sarà difficile trattenere e definitivamente emarginare una serie di «mostri» con cui abbiamo a lungo convissuto, talvolta addirittura convincendoci di una loro qualche avvenenza.

In virtù di che cosa, ad esempio, (se non della continuità disciplinare) si è continuato a lungo, nel diritto amministrativo, a portare ossequio a quel principio di separazione dei poteri di cui su altri piani si riconosceva l'obsolescenza? Perché si è conservata la sotterranea convinzione di un valore sostanzialmente costituzionale dell'art. 4 della legge del 1865 quando l'art. 113 u.c. Cost. la smentiva con chiarezza e forse poteva addirittura leggersi nel senso che il potere di annullamento *dovesse* essere attribuito al giudice ordinario ogni qualvolta da tale strumento dipendesse in concreto l'effettività e la pienezza della tutela? I «concordati giurisprudenziali» (la tradizione, appunto) dovevano così inevitabilmente assurgere a fonte primaria di costruzione della giustizia amministrativa? Come si è potuto considerare come giudici e come processi (in senso costituzionale) quelli caratterizzati da vistose e sostanziali mutilazioni di poteri cautelari, istruttori, decisorii e di esecuzione? E infine, come può ancora apparire tollerabile che il danno arrecato dall'amministrazione non sia nella maggior parte dei casi risarcibile?

Questi sono, fortunatamente, temi su cui, pur con grave ritardo, qualcosa si è mosso in direzione giusta: si tratta ora di unificare questi processi e di svolgerli in tutte le loro implicazioni. Ma a tal fine occorre anche aggredire alcuni nodi teorici e ricondurre la specialità del diritto amministrativo in un quadro unitario di teoria generale, che è qualcosa di diverso e di più incisivo che non auspicare una più ampia applicabilità di schemi negoziali all'attività amministrativa.

Occorre ad esempio affermare risolutamente *l'irrelevanza* della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive e conseguentemente ricondurre la definizione dell'interesse legittimo in un esclusivo contesto di analisi del vantaggio obiettivamente attribuito dalla legge; occorre mettere a nudo l'inconsistenza del binomio dovere-interesse legittimo, perché il dovere ha sussistenza autonoma solo se non corrisponde ad alcun interesse individuabile, altrimenti è obbligo; occorre costruire una nozione generale di potere, liberata da ogni ipotesi «autoritaria» e unificata intorno al concetto di disponibilità insindacabile di interessi, che quindi, per la pubblica amministrazione, corrisponde senza residui al potere discrezionale.

Occorre, in sintesi, ribaltare il significato stesso della nozione di specialità del diritto amministrativo negando che essa si identifichi con l'autorità e affermando, viceversa, che essa consiste nella funzionalizzazione, vale a dire in un più intenso assoggettamento al controllo di legalità.

30. «Com'è che non mostrate la faccia al vostro re? Chiese Carlomagno al cavaliere Agilulfo.

La voce uscì netta dal barbazzale. — Perchè io non esisto, sire. — O questa poi! — esclamò l'imperatore — Adesso ci abbiamo in forza anche un cavaliere che non esiste! Fate un pò vedere.

Agilulfo parve ancora esitare un momento, poi con mano ferma ma lenta sollevò la celata. L'elmo era vuoto. Nell'armatura bianca dall'iridescente cimiero non c'era dentro nessuno.

— Mah, mah! Quante se ne vedono! — fece Carlomagno. — E com'è che fate a prestar servizio, se non ci siete?

— Con la forza di volontà — disse Agilulfo, — e la fede nella nostra santa causa!

— E già, e già, ben detto, è così che si fa il proprio dovere. — Bè, per essere uno che non esiste, siete in gamba!»

Ai sovrani interessano le armature; ai cavalieri prestare fedele servizio; agli uomini, specialmente quando raccontano degli uni e degli altri, scoprire se dietro la celata c'è un corpo o solo l'«astratta», «inesistente», irriducibile coscienza di sè.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL 'CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO'
NEGLI ANNI ACCADEMICI 1987-88

Nei due passati anni accademici il Centro ha avuto quali graditi ospiti alcuni colleghi stranieri: il prof. Gerhard DILCHER della Università di Frankfurt am Main, storico del diritto; il prof. Luiz LUISI delle Università di Porto Alegre e Cruz Alta (Brasil), penalista e filosofo del diritto, Presidente dello 'Istituto brasileiro de Ciências Penais'; il prof. Walerian PANKO, della Università della Slesia (Katowice-Polonia), civilista; il prof. Yushi SASAKI, della Università Nihon di Tokyo, storico del diritto.

Durante il 1986 e il 1987 sono stati pubblicati nella 'Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno', che si affianca a questi 'Quaderni', i seguenti volumi: Pietro COSTA, *Lo Stato immaginario - Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento*; STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - *Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro - Atti dell'Incontro di studio - Firenze 26-27 aprile 1985*; Paolo GROSSI, *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859/1950*; Luca MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi - II - La scoperta del diritto amministrativo*; Bernardo SORDI, *Tra Weimar e Vienna - Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*; Franco TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico - II - Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*.

Nei giorni 22-23 maggio 1987 si è tenuto, per iniziativa e presso la Sede del Centro, un Incontro con la storiografia giuridica scandinava. Ha presieduto e coordinato l'Incontro Sten GAGNÉR, Ordinario di Storia del diritto nella Università di München; hanno tenuto relazioni Lars BJÖRNE, Ordinario di Storia del diritto nella Università di Turku; Claes PETERSON, Ordinario di Storia del

diritto nella Università di Stockholm; Ditlev TAMM, Ordinario di Storia del diritto nella Università di København.

Gli 'Atti' sono in corso di stampa presso l'Editore Giuffrè quale volume XXVIII della Biblioteca del 'Centro'.

Con molto ritardo ma anche con la concreta soddisfazione di avere sostanzialmente raggiunto lo scopo prefissato, è stata condotta a termine, durante i primi mesi del 1988, l'organizzazione della ricerca collettiva sulla storia delle Riviste giuridiche italiane, già preannunciata in occasione del convegno del 1983 su «La 'cultura' delle Riviste giuridiche italiane». I vari contributi sono andati a costituire l'ampio volume XVI dei nostri 'Quaderni' pubblicato immediatamente prima di questo.

Nell'ambito della stessa ricerca è poi apparso, nel 1988, nella Biblioteca del Centro, il volume «La culture des revues juridiques françaises», a cura di André-Jean ARNAUD.

È per la Redazione doveroso e gradito dare qui spazio al ricordo di Giovanni Tarello, Anna Maria Battista, Roberto Ruffilli, collaboratori non dimenticabili di questi 'Quaderni', amici vivamente partecipi della vita del nostro Centro.

Red.

PAOLO GROSSI

RICORDO DI GIOVANNI TARELLO

La morte chiede di essere preparata da una lunga vicenda di giorni e di opere per apparir quel che è: il naturale compimento di quella vicenda, la sua prevista e attesa definizione. Allora, dopo lo snodarsi faticoso del tempo dell'azione, sembra giusto e provvido l'aprirsi del riposato tempo della memoria. Ma quando l'azione si arresta incompiuta, l'umano e finito giudizio non può non avvertire l'innaturalità profonda della cesura prodotta, e il fatto — come tutti i fatti contro natura — reca in sé una insopprimibile ripugnanza. È proprio questo il sentimento incontrollato e schiettissimo che ha percosso e percorso l'animo mio, quando mi è giunta dalla voce premurosa e commossa d'un amico genovese la notizia che Giovanni Tarello non era più accanto a noi, almeno su questo scenario di figure sensibili.

La notizia non arrivava improvvisa; anzi, ci eravamo ad essa lentamente preparati; e non tanto per gli accenni sommessi ma ricorrenti sul deterioramento della sua salute e sul riaffiorare minaccioso del male, quanto per i presagi che Egli stesso involontariamente ci dava. Un presagio preciso di fiacchezza mortale mi erano apparse quelle poche, stanche e scolorite paginette, pubblicate sui suoi 'Materiali' alla fine dell'86, riproducenti un intervento al convegno romano su Carnelutti dell'estate di quello stesso anno. Paginette che, nei suoi abituali lettori, avranno fatto spicco 'per oppositionem' rispetto a tanti suoi interventi forse unilaterali e irritanti ma vivi e vivaci e pungenti.

A presentarci, in un tempo ormai lontano, fu Luigi Raggi che, insieme a Tarello, era nato agli studi nel clima arioso della Facoltà giuridica genovese dei tardi anni '50. Da allora restammo sempre vicini, legati dapprima da soli interessi comuni di studio, poi anche da comuni responsabilità nella organizzazione universitaria, Lui

come Preside della Facoltà genovese, io come rappresentante delle Facoltà giuridiche italiane in seno al Consiglio Universitario Nazionale.

Fin dall'inizio rimasi toccato da quella sua versatile intelligenza capace di affrontare e sceverare i problemi più diversi, da quella sua felice intuizione che, con naturalezza, lo portava a prediligere i temi culturalmente più incisivi sia sotto il profilo storiografico che sotto quello teoretico: così per il volume su 'Il realismo giuridico americano' (1962), che fu la prima seria messa a punto di un tema in procinto di divenire un crocevia di molteplici osservatori; o per l'ampio saggio sui 'Profili giuridici della povertà nel francescanesimo prima di Ockham' (1964), un tema — questo — radicale di tutto l'universo moderno e che solo di fronte a occhi aridi può sembrare di mera erudizione; poi il libretto fortunato ed azzeccato sulle 'Teorie e ideologie nel diritto sindacale' (1967); poi il ripetersi dei Corsi litografici e a stampa su 'Le ideologie della Codificazione' (anni 1968 e segg.), seminazioni annuali che avrebbero consentito alla fine il ricco raccolto della 'Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto' (1976), un'opera che nella sua ormai incolmabile incompiutezza denuncia la innaturalità della morte prematura del nostro Amico. Anche su questi 'Quaderni fiorentini' Tarello fu presente; e lo fu in veste di recensore, un abito che si attagliava bene al suo ingegno critico ed aggressivo. Non ho mai osato chiederGli di più, perché mi sembrava giusto che desse il meglio di sé a quei 'Materiali per una storia della cultura giuridica', che, quasi contemporaneamente ai 'Quaderni', aveva creato a Genova quale foglio e manifesto della sua Scuola.

Ingegno versatile, poteva, col soccorso delle solide fondazioni culturali costruite con umiltà nei duri anni giovanili di ricerca, passare senza disagio da una discussione filosofica a una indagine storico-giuridica a una analisi di diritto positivo. Sempre però emergeva in Lui — nato da buon ceppo forense, quel ceppo che si compiacque di ricordare e sottolineare proprio nella 'Prefazione' alla sua «Storia della cultura giuridica moderna» — il giurista, il suo occhiale irripetibile, e il suo approccio rigoroso con la realtà; e nel sapere giuridico come sapere squisitamente definitorio trovava il suo terreno congeniale. Nella Facoltà di Genova — e non certo per

spocchia, e con risultati ancor oggi leggibili con profitto —, soprattutto in questa ottica volle tenere dei corsi di ‘ Diritto civile ’, e, in un momento difficile in cui alcuni avanzarono l’idea di collocare la ‘ Filosofia del diritto ’ in un’orbita maggiormente filosofica, mi fu accanto in una aspra battaglia combattuta in seno al Consiglio Universitario Nazionale nel riaffermare la giuridicità della materia e la sua indiscutibile collocazione primaria nel seno delle Facoltà giuridiche.

Riflettere sui giuristi, sulle loro singolari architetture, talora bizzarre talora poverissime ma sempre estremamente espressive, fu da Lui ritenuto come il non sterile compito del filosofo del diritto. In questo era accomunato ad una personalità, come Capograssi, da Lui tanto diversa; e come per Capograssi, così per Tarello, si è trattato di un magistero prezioso per il giurista di oggi. Anche il filosofo del diritto, al pari dello storico, ha infatti una impegnativa cura d’anime, che consiste innanzi tutto nel non lasciar solo l’operatore — teorico e pratico — del diritto positivo, nell’impedire che la sua tecnica — momento appropriato e indispensabile di autonomi approcci conoscitivi — divenga strumento di separazione dalle grandi correnti della cultura e della vita sociale, nel segnalargli — anzi — le sue radicazioni con tutto il resto che preme sulle forme giuridiche, nell’indicargli che, al di là e al di sopra dell’esegesi, il giurista ha la ben più alta vocazione interpretativa di guardare alla regola vecchia con gli occhi resi nuovi dalla novità dei fatti e di porsi mediatore fra regola e fatti, e pertanto sistematore e costruttore piuttosto che passivo analista.

Di questa gravosa cura d’anime, che soltanto un personaggio profondamente colto ma anche profondamente giurista nella sua più sottile consapevolezza poteva percepire, Giovanni Tarello si sentì pienamente investito e cercò di corrispondervi con pienezza di risposta. Sta qui, a mio avviso, l’aspetto più singolare (anche se non il solo) della sua lezione, una lezione per la quale ogni giurista deve serbarGli un pò di gratitudine.

ENRICO MAZZARESE FARDELLA

RICORDO DI ANNAMARIA BATTISTA

Un pullman azzurro accostato al marciapiede di un albergo napoletano: nel pomeriggio saturo dell'aria salina del Tirreno la piccola folla dei congressisti — omogenea e composita come solo un gruppo di accademici sa essere — si spostava, si scomponeva e tornava a ricomporsi, simile ad uno stormo di uccelli, in un movimento apparentemente disordinato, in realtà attratto volubilmente dai personaggi più significativi: in disparte con un amico fiorentino, mentre osservavo quelle bizzarre evoluzioni la cui appartenenza al mondo ornitologico era sottolineata dallo svolazzare dei soprabiti grigi degli anziani in cerca di sostegno ad una notorietà in declino e dall'impettito procedere degli uomini dal successo attuale, fui colpito da una figura che pareva polarizzare attorno a sé, più stabilmente delle altre, quell'inquieto agitarsi: una donna alta, dal profilo e dalla linea forti che potevano ricordare qualche orientale figura mitica, gli occhi vivi e così pieni di spirito da suscitare in chi la guardava: il vento di mare le scompigliava i capelli e l'abito a grandi fiori: ferma, salutava tutti con gesti misurati e insieme cordiali da cui subito si riconosceva l'uso del mondo e quella particolare benevolenza che a quest'uso è propria. Ma quando scorse il mio amico che già si muoveva verso di Lei, gli andò incontro con un gran gesto delle braccia per salutarlo con una naturalezza affettuosa priva di qualsiasi ritualità e La sentii chiamare " Paolo " ! con voce armoniosa perfettamente consona al Suo aspetto di signora. " Chi è " ? domandai. Mi si rispose: " Anna-Maria Battista " .

Così La conobbi, così Le fui presentato; scambiammo solo poche parole: imprevedibili casualità ci avrebbero dato modo, nel futuro, di diventare amici.

E ci rivedemmo più volte in Sicilia: insieme a Gianni Mani-

scalo Le feci un po' da guida per farLe conoscere alcune singolarità di Palermo, città che peraltro Le era ben nota e nella quale contava antiche amicizie; fu l'occasione per un andare allegramente in macchina per i nostri dintorni: fu un susseguirsi ridente di racconti, di aneddoti — AnnaMaria era una straordinaria narratrice —, uno scoppietto di battute che si alternavano a considerazioni smagate e a temi seriosi. Perché letteratura, musica, arte, avevano in Lei una cultrice appassionata e di profonda preparazione, senza però che il sapere fosse velato da quella che Saint-Simon avrebbe chiamato la *poussière des collègues*: l'umorismo e l'*esprit*, mettendoLa al riparo da qualsiasi pedanteria, ne facevano un'interlocutrice deliziosa, pronta a cogliere tutte le sfumature del linguaggio, capace com'era essa stessa di sfumature infinite: tutto in Lei era spontaneo, e le Sue espressioni, pur così precise e incisive, sgorgavano con la facilità di una sorgente e con un brio particolare che esplicitava il Suo voler piacere, privo di civetteria, ma pieno di femminilità.

Chi avrebbe detto, quando ci salutammo l'estate scorsa dopo un'ultima collezione a Mondello, che ci vedevamo per l'ultima volta? Mi aveva confidato di avere avuto delle gravi preoccupazioni per la Sua salute, delle vere minacce, ora — mi disse — dissolte: e poiché anch'io avevo avuto un'esperienza simile, fu facile confidarci le reazioni che tali situazioni sogliono suscitare: fu questo il modo di conoscere aspetti più riservati della Sua personalità, che non è certo qui il caso di mettere in luce: desidero limitarmi a dire che era una donna di fede. Ahimé, da tempo ho perduto la possibilità di immaginare un'altra vita nella quale, come in certi quadri del Beato Angelico, si goda di un giardino di delizie in cui, sotto lo sguardo candido, acceso e protettivo degli angeli, si possano ritrovare coloro che abbiamo amato sulla terra, e intrattenerci, come sulla terra facevamo, con loro. Per fede e per speranza credo però che chi ci precede di là non sia per noi perpetuamente perduto e che in maniera del tutto incomprensibile, si rinnoverà, all'infrangersi dello specchio, una comunicazione delle nostre persone.

Ma, anche a voler considerare solo la breve esistenza terrena, per lo scrittore la possibilità di essere ritrovato nella sua opera è fiducia che sinteticamente viene espressa dall'oraziano "*non omnis moriar*": anche se, a dir il vero, questa convinzione poggia sulla

identificazione autore-opera, ancora molto difficile da analizzare e, direi meglio, da decifrare.

Non è pensabile, comunque, il trascurare i valori scientifici che studiosi come AnnaMaria Battista ci hanno trasmesso e non posso — pur estraneo allo specifico settore — non ricordare in maniera rapidissima il segno da Lei lasciato nella storia del pensiero politico. Segno da rilevare ripercorrendo una produzione dedicata al periodo che va dal XVI secolo alla metà del XIX: nelle Sue ricerche, da Montaigne a Rousseau, da Robespierre a Tocqueville, mi pare che AnnaMaria Battista abbia lasciato la Sua impronta ponendo e affrontando in modo personale il problema della nascita di un nuovo rapporto tra etica e politica nell'età moderna, allo sfiorire cioè dell'etica comunitaria, e all'affermarsi di una nuova morale utilitaristica e individualista.

Visione ampia, dunque, analisi affascinante e rigorosa: ma, come nel Suo linguaggio, negli scritti di AnnaMaria il pensiero è così lucido e conseguente da lasciare nel lettore una impressione come di facilità e di deduzioni matematiche: una sensazione paragonabile a quella che si prova nell'ascoltare certe musiche del seicento, di cui si arriva ad ammirare la rigida architettura contrappuntistica solo dopo un'immediata intuitiva ammirazione dell'opera d'arte.

Istintivamente a questo raffronto si associa ancora la voce dell'Amica, e in cerca ancora di un dialogo riprendo l'articolo su Tocqueville, passo le dita sulla dedica con la quale accompagnò il dono: ne leggo alcune frasi: è strano, ma faccio fatica, sempre più fatica man mano che procedo senza 'realizzare' ciò che vado leggendo: i caratteri si dissolvono, la pagina sfuma e alla fine si risolve in un grande azzurro che sa di Tirreno e di Napoli: accanto a un pullman una donna alta dal profilo e dalla linea forti che possono ricordare qualche orientale figura mitica, gli occhi vivi e così pieni di spirito da suscitare in chi la guarda, è ferma e sola nel vento di mare che Le scompiglia, accarezzando Glieli, i capelli: per sempre.

CESARE MOZZARELLI

IL NOME DELLE COSE

In memoria di Roberto Ruffilli

Scrivere di chi ci è stato maestro, e amico, proprio per quanto egli ci ha dato è in realtà, pur volendo assolutamente restare sul piano scientifico e culturale, estremamente difficile.

Troppi echi, troppe risonanze, troppi dialoghi impliciti si animano quando si cerchi di ricostruire complessivamente il pensiero di quella persona e il suo percorso intellettuale. Tanto più questo accade quando a tal compito ci si appresti, per l'affettuosa sollecitazione di Paolo Grossi, ancora sotto l'emozione d'una morte che più tragica e insensata non poteva essere. E contraddittoria (se non vogliamo credere che i tempi siano così barbari da renderla paradossalmente conseguente) con quello che di Roberto Ruffilli era stato l'impegno culturale e la vita.

Non so se Ruffilli, lettore onnivoro e insaziabile, abbia mai incontrato il verso che dice «il senso nasce nominando le cose». Sono certo però che gli sarebbe piaciuto, tanto perfettamente descrive il sentire profondo di lui, le ragioni del suo lavoro intellettuale, la sua scelta d'essere professore di storia. Una scelta che difficilmente ci pare avrebbe potuto essere diversa benchè egli dicesse d'una vocazione come per caso, che ad un futuro concorso per la carriera diplomatica stava pensando quando Miglio gli propose di continuare piuttosto negli studi. Solo da storico infatti era pensabile per lui la comprensione del mondo, il nominare le cose che tanto gli importava.

Concludendo uno dei suoi primissimi lavori, la ricerca su *L'appodiamento e il riassetto del quadro territoriale nello Stato ponti-*

fficio (1790 — 1870) ⁽¹⁾, Ruffilli scriveva a proposito di quell'ampliamento delle circoscrizioni e riordino dei corpi locali e periferici che, «come in altri momenti di crisi e di assestamento su nuove basi dei rapporti fra Stato e Società, si è trattato, anche in questo caso, di interventi volti a organizzare la vita locale secondo le esigenze delle forze politico-sociali in ascesa, ed a porre in essere contemporaneamente forme adeguate di controllo e di coordinamento delle medesime da parte dello Stato». Poco oltre, di nuovo trapassando dal caso specifico a considerazioni generali osservava che «nell'Italia unita, come negli altri paesi europei, in effetti il più o meno rettilineo sviluppo del processo di 'liberalizzazione' e 'democratizzazione' dei rapporti politici ed amministrativi si è presentato e si presenta unito ad ulteriori spinte per la 'razionalizzazione' dell'organizzazione della Società e dello Stato, alla necessità cioè di far fronte a livello istituzionale alle ulteriori interdipendenze fra i diversi settori della vita associata e dell'azione pubblica, stimolata questa volta dalle masse popolari, nonché dall'affermarsi e dall'evolversi della società industriale».

Rapporto fra società che cambia e si riarticola e intervento dello Stato per controllarla e coordinarla *adeguatamente*, liberalizzazione e razionalizzazione, interdipendenza di vita associata e azione pubblica, masse popolari e società industriale, gli assetti istituzionali («l'organizzazione dei pubblici poteri» per usare un'altra sua espressione tipica) come strumento privilegiato per comporre e dichiarare processualmente, su basi via via nuove, gli equilibri sociali, spinte della società e risposte dello Stato: i temi del lavoro scientifico e poi dell'impegno politico di Ruffilli ci sono già tutti, c'è già in altre parole, e dichiarato a piene lettere, il fenomeno alla cui osservazione e decifrazione Ruffilli dedicherà tutta la sua vita di studioso, «i momenti di crisi e di assestamento su nuove basi dei rapporti fra Stato e Società».

E c'è già l'atteggiamento che sarà poi sempre caratteristicamente suo, quello per l'appunto d'un interprete quasi clinico: che mette tutto il suo impegno a descrivere nel modo più accurato possibile, il processo, meno preoccupato dei soggetti che agiscono di quanto non lo sia del mutamento e delle tensioni nelle strutture che da quello

(1) Giuffrè Milano, Quaderni ISAP, 1968. Le citazioni da p. 134 e 135.

vengono investite, o create, che lo condizionano, ma che, alla fine, sole lo rendono davvero visibile, ci dicono che qualcosa è cambiato.

Interpretazione e descrizione d'un processo si diceva: a livello linguistico ne è spia in lui l'uso quasi ossessivo della forma impersonale oggettivante del verbo: «si è trattato», «si è presentato e si presenta», «si è fatto sentire», e la predilezione per proposizioni con soggetto astratto, «il processo», «la propensione», piuttosto, al limite, «l'intervento 'razionalizzatore' dei governanti pontifici... è stato fortemente condizionato» che non «i governanti pontifici nel loro intervento hanno subito il condizionamento», e così via.

Non sono meri stilemi: dietro vi possiamo intravedere gli elementi stessi costitutivi della sua personalità, a cominciare da una convinzione mai esplicitata ma fortissima, e che gli veniva dalla cultura cattolica della sua formazione forlivese, sul mondo — la storia — come figura che passa e sulla radicale inadeguatezza dell'agire umano volontario a produrre gli eventi. Una inadeguatezza che se impedisce di credere che ci si possa davvero attribuire il merito delle cose, non sottrae però al destino che Dio ci ha dato di operare nella agostiniana città terrena. (Alla fine io credo che in questo stia la ragione del suo comportamento così poco consapevole di sè, così volutamente dimesso se vogliamo, rispetto al ruolo politico che da ultimo svolgeva; una sorta di religiosa «sprezzatura»).

Con questo sentire si erano poi combinate quelle vedute culturali, di difficile definizione e che solo per difetto e approssimazione potremmo dire di lontano stampo positivista, diffuse dalla cattedra da Miglio — con cui Ruffilli si laureò al principio degli anni Sessanta — e permeate da un non meno radicale pessimismo sulla natura e condizione umana, nelle quali emergeva la capacità tuttavia della «scienza sociale» di conoscere (e quindi qui padroneggiare) grazie ad una categorizzazione rigorosa la realtà, la possibilità per lo scienziato di attingere un punto di vista oggettivo e perciò certo, e quindi superiore al movimento stesso della storia.

Ricordare oggi quanto difficili siano stati, e praticamente da subito, i rapporti fra i due studiosi non è cedere al gusto della rievocazione personale (anche se leggere su qualche giornale d'una facile carriera universitaria di Ruffilli spingerebbe in questo senso) bensì offrire la testimonianza di quanto forti ma equivoche siano state le consonanze fra la visione del mondo dell'uno e dell'altro.

A Ruffilli le competenze e le scoperte culturali di Miglio sembravano offrire la via per tradurre il sentire esistenziale in forme razionali, per 'razionalizzare' una prospettiva personale che altrimenti sarebbe stata esclusivamente — ma dolorosamente per l'individuo che ad un impegno 'nel mondo' pur si sentiva chiamato — religiosa.

Questione in verità ben nota a chi si sia formato nella temperie propria del cattolicesimo preconciliare che privilegiava su tutto una dimensione individuale e verticale.

Quel che Ruffilli rifiutava era però la conseguenza superomnistica che facilmente si poteva trarre dalla posizione di Miglio. Sensibile all'idea d'una conoscenza razionale — proprio in quanto storica — del mondo, rifiutava cioè quello che ne appariva per taluni il corollario, la possibilità di porsi a giudicare il mondo stesso da una prospettiva superiore ed unificante che ne risolveva contraddizioni e complessità.

Era di nuovo la sua formazione cattolica che, per i motivi sopra accennati, gli impediva di condividere simili pretese, che pure lo affascinarono, e di rinunciare alla descrizione e comprensione delle ragioni della complessità e della ineliminabile parzialità e storicità di ogni «acquisizione» (altra parola tipica del suo lessico). Stava qui, io credo, nella profondamente sentita imperfezione dell'uomo anche la motivazione più profonda della sua adesione a prospettive democratiche e pluraliste nella vita sociale e politica che poteva suonare, all'apparenza, piuttosto illuminista.

Perciò, quelli che la cultura positivista (Weber soprattutto, allora di recente riscoperto) attraverso l'insegnamento di Miglio offriva a lui erano essenzialmente strumenti per dar conto e ragione, per nominare, la realtà sociale nelle sue molteplici e contraddittorie correlazioni.

Ruffilli amava ripetere che «come dice Salvemini, lo storico ha cura d'anime» e non è difficile a questo punto comprendere quanto pregnante fosse questa citazione per lui. Rintracciare, senza cancellarli, i percorsi, dipanare i fili della storia, senza tagliarne i nodi, era la responsabilità dello storico per rendere più comprensibile il mondo e, se vogliamo, più comprensivi gli uomini; quel mondo non dominabile in modo assoluto e le cui articolazioni si potevano perciò sempre e solo ricostruire 'dal basso' (altra espressione favorita) e,

come si diceva, attraverso l'esame dei processi e degli equilibri formali, istituzionali, che ne derivano. I soggetti infatti si modificano essi stessi e tendono comunque a frammentarsi e perdere consistenza se esaminati con questo metodo troppo da vicino: da ciò anche la genericità dei termini impiegati di preferenza: le masse attualmente subalterne, i gruppi dirigenti, le forze dominanti, e così via.

Di nuovo sul piano stilistico evidentissima riprova di questo sentire è l'ansia di specificare e articolare, di dare e tutti i particolari e l'insieme, con esiti talvolta illuminanti e talora di paradossale ritorno all'indeterminatezza iniziale, come accade talora con l'uso dell'«e non» — tradizionali e non, ad esempio — o di «vecchi e nuovi», con l'iscrizione frequentissima di singole parole fra apici, a ricordare al lettore che la parola stessa è sovraccaricata, è citata come al quadrato (2).

Ma un'ultima conseguenza importante dobbiamo trarre dal discorso fin qui fatto: sottolineare come *Il Potere*, vero vitello d'oro per chi mandasse in corto circuito su quelle basi positivistiche di cui si è detto, conoscere e potere, intellighere e dominare, non potesse essere studiato — nè personalmente inseguito o adorato da Ruffilli — per se stesso: non poteva avere infatti consistenza in sè, sempre essendo una rappresentazione o mera configurazione delle cose, un'immagine fantasmatica che sempre avrebbe lasciato inappagato chi avesse creduto d'afferrarla, d'afferrarne una atemporale e astratta essenza.

Abbiamo detto in principio che già nel suo primo lavoro in forma di volume si possono individuare ambito e problemi della ricerca di Ruffilli: non però lo svolgimento o le soluzioni. Quelle egli le verrà elaborando in una incessante e quasi ansiosa riflessione che solo la morte interromperà. E l'impressione, per certi versi, è che egli in questi ultimissimi anni stesse facendo dei rinnovati conti con la sua

(2) Leggendarie erano poi fra i suoi amici le difficoltà che nei primi anni incontrava a scrivere e poi a considerare definitiva la forma che i suoi lavori avevano assunto: il volume sulla *Questione regionale* venne praticamente riscritto sulle bozze, e parimenti leggendario è rimasto il costo per l'ISAP — un milione nel 1971 — della correzione straordinaria delle bozze. Ed infine a chi di Ruffilli conosca solo la prosa spesso faticosa per i motivi detti non parrà vero esser stata la sua conversazione scintillante e piacevolissima.

cultura e formazione così che, qualora fosse tornato all'Università dopo questa legislatura — come insisteva a dire — avremmo avuto una diversa fase del suo pensiero, segnata certo, ma in quale senso è difficile dire, dall'esperienza personale fatta della vita politica e delle istituzioni rappresentative, e in definitiva dalla messa alla prova della sua stessa cultura maturata nei decenni precedenti.

Malgrado non manchino interventi che testimoniano dell'interesse di Ruffilli per l'antico regime ⁽³⁾ la riflessione su tale età sembra gli serva essenzialmente a inquadrare e introdurre lo studio dell'età post-rivoluzionaria, quella nella quale lo «Stato moderno» da un lato e la prospettiva «liberal-individualista» di comprensione e organizzazione della società e dei poteri pubblici dall'altro, sono ormai trionfanti sulla scena, ma correlativamente mostrano i propri limiti ⁽⁴⁾. In una prima fase, che dagli anni Sessanta arriva fin verso la metà del decennio successivo Ruffilli sembra però più interessato a comprendere, interpretare, saggiare, il primo aspetto, quello della affermazione dello Stato e della borghesia. Significativamente a chi gli si avvicinava in quegli anni proponeva come temi di studio la formazione della burocrazia nello stato moderno o lo strutturarsi delle istituzioni amministrative nello stato liberale. Una grande riflessione sullo stato liberale è in definitiva anche il suo più ampio lavoro, che a quegli anni risale. Intendo il volume già ricordato di sfuggita su *La questione regionale dall'unificazione alla dittatura (1862-1942)* ⁽⁵⁾. Apparentemente inserito nel filone di studi e nella prospettiva regionalista avviata entro l'ISAP di Feliciano Benvenuti, autentico luogo di crescita e maturazione offerto a molti dei giovani studiosi laureatisi, presso la Cattolica soprattutto, negli anni Sessanta, il volume non si esaurisce infatti nella ricostruzione delle varie posizioni e proposte di riforma in senso autonomistico e regionalistico dei poteri pubblici ma illustra piuttosto le «connessioni fra le battaglie per l'«autonomia» ed il «decentramento»

⁽³⁾ Si veda, oltre all'*Appodiamento* in particolare il breve saggio su *Le istituzioni cittadine dell'Emilia — Romagna pontificia* negli Atti del Convegno storico di Bagni di Lucca 1975, editrice universitaria bolognese, Bologna 1977.

⁽⁴⁾ Cfr. esemplarmente *Il mito liberal — individualista*, in «Il Mulino» n. 224 (1972).

⁽⁵⁾ Milano Giuffrè 1971. La citazione che segue dalla Premessa.

regionale... ed i problemi concernenti la revisione ed il consolidamento degli equilibri politici e sociali, amministrativi e finanziari dello Stato unitario, nonché i problemi connessi al superamento delle disfunzioni nell'organizzazione e nell'attività delle istituzioni politiche e amministrative». Attraverso la questione regionale è insomma dello stato liberale che si parla, delle sue difficoltà e dei suoi processi di mutamento e adattamento (6). E alla dottrina liberale — scandagliata nelle sue diverse versioni — e considerata la ideologia originaria dello «Stato moderno», come alla concrete soluzioni amministrative in cui quel grandioso progetto di organizzazione della vita sociale e politica si incarna, e vacilla via via nel tardo Ottocento e primo Novecento, sono dedicati infatti i saggi di quegli anni (7).

Certo, già nel saggio del 1972 sul *Mito liberal-individualista* lo sguardo andava oltre lo Stato e l'ideologia liberale per segnalare come anche «le soluzioni democratiche e marxiste, al pari di quelle liberali, si trovano a dover fare i conti con una società che deve ancora inventare per buona parte il complesso di strumenti 'automatici' ed 'istituzionali', il tipo di diritto e di ordinamento necessario per bloccare le tendenze corporative connaturali, per così dire, fin dall'inizio (ed ora più che mai) all'affermazione individuale e collettiva dal basso; e per ridimensionare altresì taluni aspetti della tendenza all'irrazionalismo e al misticismo, altrettanto connaturale a tale processo». Ma il problema di fare i conti con l'attuale società appare appena enunciato. Ruffilli stesso osserva che «arrivati a questo punto non può mancare, già in chi scrive, la sensazione

(6) Come già era accaduto ad esempio in *Governo, Parlamento e correnti politiche nella genesi della legge 20 marzo 1865*, in F. Benvenuti e G. Miglio cur. *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Atti del convegno ISAP celebrativo delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza Vicenza 1969.

(7) Cfr. da un lato oltre a quanto già citato *Lo stato liberale*, in R. Lill e N. Matteucci cur. *Il liberalismo in Italia e Germania dalla rivoluzione del 48 alla prima guerra mondiale*, Il Mulino Bologna 1980 (ma sono gli atti di una settimana di studi organizzata nel 1978 dall'Istituto storico italogermanico di Trento) e dall'altro *Problemi dell'organizzazione amministrativa nell'Italia liberale* nel famoso n. 18 (1971) di «Quaderni storici», o *La riforma del 1922-24 e la crisi del liberalismo amministrativo*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico» 1975 o anche, poche pagine molto dense, nel primo numero di questa stessa rivista la recensione a S. Cassese *Cultura e politica del diritto amministrativo*.

del *mons qui peperit mus*, che del resto sembra il dato comune di ogni tentativo presente di cogliere la realtà e le linee di sviluppo della società contemporanea.» (8).

Nella seconda metà degli anni Settanta sono questi temi a venire in primo piano: non che manchino da allora in poi — e lo testimonia questo stesso fascicolo — riflessioni e indagini sull'Ottocento e sul liberalesimo, ma l'interesse si sposta decisamente sul Novecento — sulla storia dell'Italia repubblicana addirittura (9) — e sulla crisi contemporanea dello Stato; con due esiti differenti che sono rimasti aperti e inconciliati alla sua morte. Da un lato si accentua l'interesse per quegli assetti di potere che debordano dal piano statale, divengono, come scrive sollecitato più dall'immagine che dalla teoria «sistemici», comportano responsabilità per la «realizzazione, a livello statale e non, di equilibri funzionanti, sia pur ormai a carattere processuale ed al di fuori di forme definitive di istituzionalizzazione razional-universalistica», secondo afferma nella Introduzione a *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea* (10), il suo lavoro più complesso — per il doppio percorso psicologico e storico che vi compie — sull'argomento.

Dall'altra, in modo apparentemente contraddittorio ma in realtà profondamente connesso al problema appena esposto, alla necessità di combinare la previsione di tendenze di lungo periodo verso una radicale «secolarizzazione» e «laicizzazione» del potere con le esigenze dell'oggi (di comprendere come potessero coordinarsi le une e le altre, di come potessero o dovessero continuare, e sia pur processualmente, ad esser legittimati e reggere quegli apparati, quelle forme politiche, quello Stato, di cui constatava il profondissimo travaglio *ancora senza nome*) si ha da parte di Ruffilli la valorizzazione dei partiti nella società contemporanea, e della Democrazia Cristiana in particolare (11), come partito che più degli

(8) *Il mito* cit. p. 1021.

(9) Cfr. in particolare la sua partecipazione fra i coordinatori alla ricerca promossa dal consiglio regionale della Toscana su *Il sistema delle autonomie: rapporti tra Stato e Società civile*, ove a cura di Ruffilli compaiono i due volumi dedicati a *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, Il Mulino Bologna 1979.

(10) Il Mulino, Bologna 1980.

(11) Su questa cfr. già *La DC e i problemi dello Stato democratico (1943-1960)*, in «Il Mulino» n. 248 (1976) ma anche *Continuità e rotture nel progetto cattolico sul politico*,

altri avrebbe saputo gestire i mutamenti via via necessari e impedire che gli stessi, amputati d'una dimensione storica, divenissero ferocemente distruttivi della convivenza sociale.

Così mentre riconosceva che lo Stato moderno europeo era delegittimato dal basso e dall'alto e indicava ai più giovani come piste di ricerca le forme politiche ove più evidentemente e programmaticamente stato e società si erano compenetrati, iniziava anche a studiare e scrivere sulla storia della D.C., trasformava la sua privata ammirazione per Moro in oggetto di riflessione storiografica⁽¹²⁾, si avvicinava progressivamente ad un diretto impegno politico, individuando infine nelle riforme istituzionali un passaggio ineluttabile — nel senso e per i motivi culturali profondi sopra detti — per una rappresentazione più adeguata del rapporto fra società e poteri pubblici. E per questo motivo, per tale coerenza di studioso, e non certo da politico, tanto da ultimo vi si era impegnato, con quella cristiana «sprezzatura» di cui si è detto.

Purtroppo, come scrisse⁽¹³⁾ chi ebbe tempo di veder venire la propria morte prematura e insensata «avrei avuto caro di contare le stelle per un paio di decenni ancora, ma di questo, ormai, non ne sarà più nulla».

in «Il Mulino» n. 279 (1982). Sulla rilevanza dei partiti cfr. invece *Crisi dei partiti e culture politiche in Italia*, in «Il Politico» 1981. Tutto ciò sempre senza pretese di completezza bibliografica.

⁽¹²⁾ Cfr. ad esempio *Religione, diritto e politica negli anni '40: Aldo Moro*, in «Il Politico» 1981 o *L'ultimo Moro: dalla crisi del centro sinistra all'avvio della terza fase* in Quaderno 11 (1983) dell'Istituto per la storia della Resistenza in Provincia di Alessandria.

⁽¹³⁾ La citazione che segue dalla lettera di un soldato tedesco (astronomo nella vita civile) in *Ultime lettere da Stalingrado* Einaudi Torino 1971 p. 4. Il verso citato in principio è invece tratto dalla poesia *Positivo & Negativo* di Giulia Niccolai, in Id. *Harry's Bar e altre poesie 1969 - 1980*, Feltrinelli Milano 1981, p. 64.

Indice

	pag.
PAOLO GROSSI, <i>Pagina introduttiva</i>	3
 <i>MODELLI E DIMENSIONI</i>	
PAUL SILVERMAN, <i>The Responsibility of Power and the Interdependence of Science and Politics in the Thought of the young Max Weber</i>	11
 <i>LA DIMENSIONE GIURIDICA</i>	
PIERO BELLINI, « <i>Deus agit in homines</i> » — <i>Considerazioni metodologiche sui postulati teocentrici della riflessione canonistica</i>	81
LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI, <i>A cent'anni dalle 'Res mancipi' di Pietro Bonfante</i>	111
GIOVANNI CAZZETTA, <i>Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento</i>	155
PAOLO GROSSI, <i>Pensiero giuridico (Appunti per una 'voce' enciclopedica)</i>	263
MARIO NIGRO, <i>Rileggendo Giovanni Miele</i>	271
ROBERTO RUFFILLI, <i>La questione del decentramento nell'Italia liberale</i>	299
 <i>FIGURE DELL'ESPERIENZA</i>	
BARTOLOMÈ CLAVERO, <i>Amortizatio-Ilusion de la palabra</i>	319
PAOLO GROSSI, <i>La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico</i>	359
 <i>LETTURE</i>	
P. BARCELONA, <i>L'individualismo proprietario</i> (E. Castrucci)	425
F. COLAO, <i>Il delitto politico tra Ottocento e Novecento</i> (A. Mazzacane)	433
H. DREIER, <i>Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen</i> (D. Zolo)	438

J. GOODY, <i>La logique de l'écriture. Aux origines des sociétés humaines</i> (C. Argyriadis)	445
P. LEGENDRE, <i>Leçons II. L'empire de la Vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels; Leçons IV. L'inestimable objet de la transmission. Etude sur le principe généalogique en Occident</i> (P. Costa).	448
A. MASSERA, <i>Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo, I, Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici</i> (M. Fioravanti)	452
M. STOLLEIS, <i>Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. I. B. 1600-1800</i> (P. Cappellini)	464
Segnalazioni	481

A PROPOSITO DI..

EMANUELE CASTRUCCI, <i>Rileggendo Radbruch</i>	487
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>De los dudosos origenes de los derechos humanos (a propósito de un fallido encuentro entre los Droits de l'homme y los Natural Rights)</i>	499
GIULIANO CRIFÒ, <i>Bonfante a Betti (una lettera del 1927)</i>	507
PAOLO GROSSI, <i>Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)</i>	518
PAOLO GROSSI, <i>Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva «Introduzione allo studio del diritto romano» di Riccardo Orestano)</i>	533
MARIO G. LOSANO, <i>La «Allgemeine Zeitung» e gli articoli di Roesler sul Giappone</i>	551
ANDREA ORSI BATTAGLINI, <i>«L'astratta e infeconda idea» — Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)</i>	569

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del ' Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno ' negli anni accademici 1987-88	617
PAOLO GROSSI, <i>Ricordo di Giovanni Tarello</i>	621
ENRICO MAZZARESE FARDELLA, <i>Ricordo di Anna Maria Battista</i>	625
CESARE MOZZARELLI, <i>Il nome delle cose. In memoria di Roberto Ruffilli</i>	629

I collaboratori del diciassettesimo «Quaderno»

Paul SILVERMAN

Mellon Fellow in the Society of Fellows in the Humanities - Columbia University (New York)

Piero BELLINI

Prof. Ordinario di Storia del diritto canonico - Università di Roma I

Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI

Prof. Ordinario di Diritto romano - Università di Roma I

Giovanni CAZZETTA

Borsista del Corso di dottorato di ricerca in Storia del diritto moderno - Università di Napoli

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Mario NIGRO

Prof. Ordinario f.r. di Diritto amministrativo - Università di Roma I

Roberto RUFFILLI †

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche - Università di Bologna

Emanuele CASTRUCCI

Ricercatore di Filosofia del diritto - Università di Firenze

Bartolomé CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Aldo MAZZACANE

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Napoli

Danilo ZOLO

Prof. Ordinario di Filosofia della politica - Università di Siena

Charula ARGYRIADIS

Wissenschaftliche Mitarbeiterin des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte - Frankfurt am Main

Pietro COSTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Maurizio FIORAVANTI

Prof. Ordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Paolo CAPPELLINI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Ferrara

Giuliano CRIFÓ

Prof. Ordinario di Storia del diritto romano - Università di Perugia

Mario LOSANO

Prof. Ordinario di Teoria generale del diritto - Università di Milano

Andrea ORSI BATTAGLINI

Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Firenze

Enrico MAZZARESE FARDELLA

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Palermo

Cesare MOZZARELLI

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche e sociali - Università di Trento