QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

18

(1989)

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAGINA INTRODUTTIVA

Una sola cosa il Redattore si sente di dover garantire al lettore per questo Quaderno diciottesimo relativo all'anno 1989: che non si unirà al coro di tutti coloro — e son tanti, e son troppi — i quali fischiettano la *Marseillaise* con una inconsapevole insistenza che è ormai insopportabile per ogni orecchio alieno dai luoghi comuni. E si sente di aggiungere che non soltanto non l'ha convinto ad accodarsi ma l'ha anzi persuaso del contrario l'unanimità di voci, in mezzo alle quali quelle della *gauche* tradizionale (soprattutto in Italia) avevano un suono tanto stonato da rasentare il ridicolo. Al lettore, reso benevolo dal mancato intruppamento dietro il luogo comune, il Redattore chiede piuttosto la licenza di una sosta e di uno sguardo retrospettivo per dei motivi non futili che affioreranno subito nelle prossime righe.

Al di là della materiale consecuzione di tempo, per una Rivista, diciotto anni sono una esistenza che appare lunga e complessa almeno sotto un profilo: un fascio di fili che le si ordiscono intorno, che divengono rapporti durevoli, che compongono un tessuto spesso di approcci intellettuali, di scambii culturali e — perché no? — di amicizie e di affetti. E un inventario necessariamente folto si va pian piano redigendo nei fatti, inventario che costituisce il patrimonio spirituale della Rivista, che testimonia quanto essa ha saputo sollecitare e costruire e di cui il Redattore va superbo come di un attributo di nobiltà.

Ma via via che la vita si allunga, se il tessuto si estende in lembi sempre più nuovi, in quello vecchio si aprono dei vuoti che non sono ricucibili, che restano lacerazioni e che crescono col crescere degli anni. La Rivista è un organismo vitale, e della vita riproduce in se stessa la vitale scansione di nascite e di morti. Se il Redattore appare quasi sempre distratto nel suo inventario delle nascite, se è invece puntiglioso nel segnare alcune morti, lo fa — sia ben chiaro — non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per il gusto delle lamentazioni ma per dare evidenza a un'azione già espressasi in tutta la sua compiutezza, per riaffermare, con la testimonianza di gratitudine ai vecchi operai, il gran lavoro già fatto alle nostre spalle, e, con la preziosa sosta della memoria, la continuità di vita della piccola comunità operosa.

È anche l'unico modo per richiudere, nell'unità del lavoro che dura e che lega passato e futuro, la lacerazione dolorosa di tante scomparse. Lo si è fatto nella 'pagina introduttiva' del Quaderno appena trascorso, lo si ripete oggi. Anzi, di fronte a un assommarsi — in breve volger di tempo — di perdite che coinvolgono direttamente la Rivista, oggi il Redattore si sente di dedicare l'intera 'pagina' alla sosta del ricordo su tre grandi e cari collaboratori, due dei quali — Orestano e Villey — ci hanno lasciato nel declinante 1988 quando non era più possibile darne notizia per quell'anno, il terzo, Mario Nigro, nei primissimi dell'89 (1). Servirà, se non altro, a sottolineare una partecipazione che è effettivamente intensa.

In un mondo accademico, come il nostro, fiorito di onoranze e studi in onore, taluni veramente opportuni taluni assolutamente ingiustificabili, è innaturale che Riccardo Orestano abbia chiuso i suoi occhi senza vedere una collettività di studiosi intenta a scrivere per lui e dedicargli qualche saggio. Se non vado errato, furono forse solo i nostri Quaderni — che pur non hanno la consuetudine delle dedicazioni — ad essergli idealmente dedicati nel loro volume del 1979 (2).

Eppure, Orestano è stato fra le presenze più vive della cultura giuridica di questo secondo dopoguerra in Italia. Mi chiedo come coglierne la professionalità per i lettori non-storici e non-italiani che ancora non avessero avuto la ventura di conoscerlo, e mi avvedo che dice pochissimo il fatto che sia stato sempre professore di Diritto romano in parecchie Università. Applicare ad Orestano l'etichetta di 'romanista' è assolutamente riduttivo e starebbe a significare soltanto la grossolana incomprensione del suo messaggio culturale. Romanista, storico del diritto medievale e moderno, filosofo del diritto, teorico generale del diritto civile e del diritto processuale, ad Orestano conviene un attributo spazioso, perché sempre egli sentì l'an-

(1) Più precisamente: Villey il 24 luglio 1988, Orestano l'11 novembre 1988, Nigro il 28 febbraio 1989.

(2) *Quaderni fiorentini*, VIII (1979), p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gustia degli incasellamenti disciplinari dell'accademia e sempre parlò, con una monotonia significativa, della unità della scienza giuridica, entro la quale lavorò e ricercò senza limitazioni prefabbricate assumendo a interlocutori gli operai più disparati delle più disparate discipline giuridiche e — perché no? — il generico studente d'una Facoltà di Giurisprudenza. Egli fu giurista, e basta: indagatore del mondo sociale e culturale inforcando sempre i suoi occhiali di giurista, e sempre all'insegna di quella curiosità per il nuovo e per lo sperimentale che lo fece colloquiare fittamente e giovanilmente — anche da vecchio — con i più giovani.

Mi arrovello alla ricerca di una qualificazione che non sia apologetica, che rispecchi il personaggio, e una sola emerge prontamente, con immediatezza: pensoso. Sì, Orestano fu un personaggio pensoso. Trascorse la sua vita, soprattutto la sua maturità e la sua vecchiezza, a pensare e a far pensare. Costruttore d'un pensiero e maestro di pensiero. Per questo sceglie volentieri i temi di metodo, che nelle sue mani — come avviene per pochissimi personaggi dalla straordinaria forza speculativa — non sono un saccente e vuoto vaniloquio ma l'occasione di ritracciare vecchi sentieri o aprirne di nuovi per il gregge degli pseudo-scienziati assolutamente incapace di mutare i camminamenti usuali; per questo sale di buon grado sugli steccati alti, compatti, ma culturalmente rischiosi, che la tradizione scolastica ha costruito fra i varii assetti disciplinari, per contemplare da lassù, in un clima troppo rarefatto per i più ma non per lui, la legittimità delle vecchie confinazioni e chiederne talora la revisione; per questo si trova a suo agio nel trattare i temi più scabrosi ma anche più abusati della sapienza giuridica (l'azione, il diritto soggettivo, i soggetti artificiali), moralmente certo di potervi guardare da un osservatorio novissimo che valga a evitare alle sue pagine le secche dei luoghi comuni; per questo si sente «pastoralmente» obbligato a premettere al suo volume su «La struttura giuridica del matrimonio romano» «ventotto pagine necessarie» ([3]), necessarie all'autore per confessare a studenti e lettori come quella tessera romanistica si inserisca nel mosaico unitario e indivisibile della *scientia iuris* (e che il mosaico fosse per i suoi occhi unitario lo mostravano le citazioni di Capograssi e di Icilio Vanni, filosofi del diritto, e di Domenico Rubino,

([3]) Milano, Giuffrè, 1951 (vedile ora in R.O., *«Diritto» — Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

civilista, facenti spicco nelle note accanto ad evocazioni più specialistiche).

Michel Villey lo ricordo accanto a noi —e, naturalmente, con schietta gratitudine — in quella che fu la prima manifestazione pubblica dell'appena costituito 'Gruppo di ricerca per la storia del pensiero giuridico moderno', primo seme dell'attuale nostro Centro di studi: il convegno internazionale dell'ottobre 1972 sui rapporti fra Seconda Scolastica e diritto privato moderno. Se quella timida uscita allo scoperto riuscì benissimo, lo si deve soprattutto all'avallo autorevole e alla presenza fortificante di scienziati di prestigio come Thieme, Wieacker, Villey. Villey fece tuttavia qualcosa di più; con la sua impulsività e generosità normanne, proprio nell'esordio del suo lucido intervento su «legge e diritto soggettivo», egli volle confessare — ed è confessione che si può leggere nel volume che contiene gli 'atti' congressuali —: «quand j'ai lu le premier numéro des Quaderni fiorentini, j'y ai vu... une opération de sauvetage de l'histoire du droit. L'histoire du droit, du moins en France, a besoin d'être sauvée, je veux dire surtout d'échapper à l'indifférence des juristes, de nos collègues des Facultés de droit, que nos travaux d'érudition pure laissent de plus en plus froids» (4).

Lui Villey, il suo contributo in questa direzione lo aveva già dato e lo stava dando (5). Il sapiente indagatore dei profili giuridici delle Crociate e della struttura dello *ius in re* romano aveva ceduto al maestro impegnato in tre operazioni unificanti e di rottura verso eccessivi specialismi:

la scrittura di ampie opere di sintesi, le «Leçons d'histoire de la philosophie du droit», «La formation de la pensée juridique moderne-Cours d'histoire de la philosophie du droit», discutibili da cima a fondo per l'originalità dell'impostazione e delle tesi sostenute ma opere da pioniere progettate per offrire al giurista di oggi una interpretazione del formarsi del pensiero giuridico condotta in costante dialettica con le sue troppo consolidate e troppo indiscusse certezze;

---

(4) *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* — Incontro di studio, Firenze, 16-19 ottobre 1972 — Atti, Milano, Giuffrè, 1973, p. 53.

(5) Una analisi complessiva della sua opera può ora reperirsi in: *Droit, nature, histoire. Michel Villey, philosophe du droit* — IV^e^ Colloque de l'Association française de philosophie du droit (Paris II, 23/24-XI-1984), Aix-Marseille, Presses Univ., 1985.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la rinascita degli «Archives de philosophie du droit» e la loro trasformazione in un foglio testimoniante il lavoro comune che, grazie a Villey, si svolgeva nei suoi seminari di place du Panthéon. Chi scrive ricorda ancora il clima di quei seminari, di cui il nostro Amico era l'anima ma a cui partecipavano i giuristi più vivi di Paris-Sorbonne, seminari che trovavano una irripetibile appendice nelle riunioni del salotto di rue d'Assas dove sotto la protezione di un massiccio organo, che sembrava star lì, enorme e ingombrante, a segnalare la felice bizzarria del padrone di casa, si poteva conversar di temi storici e filosofici con il civilista Carbonnier o con l'internazionalista Batiffol; l'uso programmatico della provocazione culturale, irritante forse ma pedagogicamente efficace per scuotere l'inerzia stagnante del mondo giuridico, mettendosi a guardare da osservatorii inconsueti e con eccentriche messe a fuoco problemi fondamentali della *scientia iuris*, con il gusto di analizzare tutto contro-luce per individuare le nervature riposte e proporre approcci più penetranti.

Mario Nigro non era professionalmente uno storico ma un cultore del diritto amministrativo vigente (6), ed anche — come illustre avvocato — un pratico del diritto. Una percezione sicura — tuttavia — lo dominava e lo orientava quale uomo di scienza, ed era la illusorietà del presente come vigente, cui conseguiva subito la ripugnanza a effettuare rischiose immobilizzazioni dello stesso presente e la vigilanza a inserirlo invece in un divenire che avvertiva incessante. In questa operazione di salvataggio culturale concorrevano sia il teorico colto sia il pratico di gran rango, l'uno e l'altro consapevoli della continuità del movimento in cui il giuspubblicista si situa.

Nigro lo aveva scritto a chiare note in una frase di quello che è probabilmente uno dei suoi ultimi saggi «Rileggendo Giovanni Miele», saggio — guarda caso — pubblicato sul precedente volume dei nostri Quaderni, frase da me citata nella relativa 'pagina introduttiva' perché mi era apparsa come un'insegna metodica: «il pubblicista... è avanti di ogni cosa... storico delle istituzioni» (7). Quel che preme e che è rilevante notare è la costante applicazione di un simile canone fatta da Nigro nell'opera sua ben al di là delle sonore dichiarazioni programmatiche e ben al di là di quelle occasioni in

(6) Ha sempre insegnato discipline giuspubblicistiche, dapprima nella Università di Messina, e poi in quelle di Firenze e di Roma.

(7) *Quaderni fiorentini*, XVII (1988), p. 272.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cui, non infrequentemente, inforcava volentieri gli occhiali specifici dello storico ([8]).

Già nel lontano 1960 il suo grosso volume su «L' appello nel processo amministrativo» ([9]), una trattazione ponderosa e naturalmente intessuta di sapere tecnico, è guidato dal pensiero insistente del rapporto fra interprete e mutazione e dallo spettro del risecchimento inevitabile di una interpretazione ridotta ad esegesi e pertanto incapace a cogliere e seguire il cambiamento. Nigro parlava allora con coraggio, espressamente, di interpretazione evolutiva ma dava a questa un contenuto assai meno grossolano di quello che la tradizionale scolastica legalistica aveva confezionato per poter poi emettere le sue inappellabili sentenze di condanna; sottolineava che «l'esigenza consiste non già nel tener presenti modificazioni della realtà sociale sopravvenute alla norma giuridica» bensì «i cambiamenti (cambiamenti che vanno intesi non solo come produzione o estinzione di norme, e come elaborazione di nuovi principi, ma come modificazioni nel sistema del valore e del peso di norme e principi già vigenti) intervenuti nel frattempo nel sistema stesso, pur restando immutata nella sua espressione singolare la formula da interpretare» ([10]). Idee tanto più meritevoli di attenzione se si pone mente che furono elaborate alla fine degli anni Cinquanta, in una cultura giuridica italiana ancora fortemente condizionata dal formalismo legalistico. Nigro pensava convintamente al ruolo attivo del giurista e alla sua naturale funzione mediatrice, ma non ripeteva l'eresia volgare di una mediazione diretta fra legge vecchia e fatti futuri. Sottraeva il giurista al colloquio mortificante con la norma singola e lo poneva di fronte al sistema investendolo della valutazione del mutamento «del valore e del peso di norme e principi già vigenti». Il sistema, questo regno arioso dai confini latissimi, significava una relativa libertà del-

([8]) A cominciare dai contributi che Nigro ha pubblicato sui nostri «Quaderni fiorentini»: *Il «segreto» di Gerber*, in *Q.F.*, 2 (1973); *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in *Q.F.*, 15 (1986); *Rileggendo Giovanni Miele*, in *Q.F.*, 17 (1988). Vanno poi ricordati almeno: *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. Trimestrale di Diritto Pubblico*, XX (1970), poi in *Studi in onore di Antonino Papaldo*, Milano, Giuffrè, 1975; *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XL (1986); *Il ruolo dei giuristi nello Stato Liberale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988; *Silvio Spaventa e lo Stato di diritto*, in *Foro Italiano*, LXIV (1989).

([9]) Milano, Giuffrè, 1960.

([10]) Ibidem, p. 60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'interprete mentre l'attenzione al *valore* e al *peso* delle regole normative spostava lo sguardo dalla singola norma come realtà formale al complesso organico e da questo inevitabilmente alla vita di esso nella società e quindi nel tempo e nello spazio. Un recupero storicistico filtrato in un modo che non facesse troppo storcere il naso agli zelanti custodi del sacrario legalistico, ma che, nello stesso tempo, soddisfacesse il convinto antiformalismo nigriano.

Dodici anni dopo, discettando dei rapporti fra «Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo» ([11]), accanto alla ammissione che «il territorio amministrativo non coperto da norme è vastissimo» ([12]) (ammissione che tende a interpretarlo più come esperienza che come autorità), la degnità metodica su cui si torna a insistere è la *storicità* del fatto amministrativo, con l'ulteriore peculiarità di vincolare storicità e giuridicità, nella certezza che il fatto amministrativo deve la sua ineliminabile storicità all'essere un fatto giuridico ([13]).

Nel'76, poi, in un testo che è la compiuta espressione del Nigro scienziato e didatta — il suo 'corso' universitario sulla «Giustizia amministrativa», che è autenticamente universitario perchè è, insieme, indissolubilmente, riflessione scientifica e lezione — si imponeva agli occhi del lettore la «impostazione storico-problematica di tutta (o quasi) la trattazione» ([14]). E Nigro si compiaceva di confessare senza reticenze: «è convinzione dell'autore che essa risponda oltre che alle essenziali caratteristiche dell'insegnamento universitario, alla natura stessa della materia trattata. La giustizia amministrativa... è storia e problema, anzi è storia in quanto problema (o complesso di problemi) ed è problema in quanto storia», «essa non è una costruzione razionale ma un prodotto storico» «legata ad un certo tipo di Stato e ad un certo modo di essere delle relazioni fra

---

([11]) In *Studi in memoria di Carlo Esposito*, II, Padova, Cedam, 1972.

([12]) Ibidem, p. 1136.

([13]) Il fatto amministrativo «è un fatto la cui caratteristica essenziale e qualificante — quella per cui è «amministrativo» — è la sua storicità, cioè la sua appartenenza ad una situazione storica. L'aspetto interessante di tale affermazione e che, se ci si domanda poi cosa è che conferisca storicità al fatto amministrativo, occorre rispondere che è proprio la sua giuridicità: il fatto amministrativo è un fatto storico, perché è un fatto giuridico e come tale appartiene ad un dato contesto giuridico, storicamente situato e definito» (Ibidem, p. 1139).

([14]) *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1976, prefazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo Stato e i membri della comunità politica» ([15]). Se non andiamo errati, era la prima volta che il tema delicatissimo della giustizia amministrativa veniva sorpreso e analizzato con una franchezza totale, guardato con un occhio spoglio finalmente da apologetiche di marca post-risorgimentale. La convinzione di una sostanziale continuità tra lo Stato delle monarchie assolute e il cosiddetto Stato liberale colta nel permanere del vecchio Stato amministrativo e della sua ideologia amministrativa si fondava esaustivamente nella documentazione storica e nel respiro storicistico. Anche se taluno ha creduto di poter rilevare qualche timidità in una simile impostazione ([16]), l'aver costruito il telaio portante sulla ragion politica della giustizia amministrativa, sull'analisi della formazione del sistema, sulla cifra 'segreta' di quel mostriciattolo ben espressivo che è l'interesse legittimo fa del testo di Nigro un'opera metodologicamente nuova e vivace, ricca di un respiro autenticamente culturale ([17]).

Di lui è questo respiro, eccezionale per un cultore del diritto positivo, che mi ha sempre colpito. Ricordo che uno dei primi incontri intellettuali (se non il primo) con Nigro fu la lettura delle pagine della 'Rivista trimestrale di diritto e procedura civile', dove, nel 1969, egli dava ampiamente conto dell'invitante volume di Hennis su 'Verfassung und Verfassungswirklichkeit' uscito appena l'anno prima ([18]). Rimasi sorpreso non tanto della padronanza perfetta della lingua e della letteratura giuridica tedesche (fatto non infrequente nel giurista italiano di buon livello), quanto piuttosto della familiarità con l'intiera storia costituzionale e amministrativa europea e, più ancora, della ammirevole familiarità con un ventaglio di opere classiche che si allargava ben oltre i consueti mentori di ogni giuspubblicista — e cioè Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, fino ad arrivare a Kelsen e a Schmitt — per ricomprendervi il 'Tractatus politicus' di Spinoza e le riflessioni hegeliana e weberiana conosciute e valorizza-

([15]) Loc. ult. cit.

([16]) Così Giorgio BERTI nella sua pur largamente positiva recensione in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXVI (1976), p. 1852.

([17]) Un'opera — vorrei aggiungere — di singolare incisività, e non solo sul formarsi delle nuove leve dottrinali giuspubblicistiche, ma anche sullo sviluppo della prassi giurisprudenziale italiana di oggi. Il giurista più attento al valore della storicità del diritto diventa — proprio perché lettore attento dei segni dei tempi — egli stesso produttore di storia.

([18]) M. Nigro, *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, XXIII (1969), p. 1697 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

te in modo provetto. Nigro mi svelava, nel piccolo corposo saggio intorno a Hennis, tutto incentrato sulla sollecitante dialettica fra costituzione formale ed effettività costituzionale, la propria immagine più fedele: un personaggio arrivato tardi (pressoché cinquantenne) alla cattedra universitaria ([19]), con una epifania scientifica abbastanza tardiva, ma che aveva evidentemente impegnato i lunghi anni di silenzio nell'apprendere e nel meditare, preparando in tal modo la fondazione più scrupolosa del proprio sapere giuridico.

Se il maturo giurista che ne era scaturito — non improvvisato ma costruito da una lenta e incisiva autoeducazione — assomigliava più ad un raffinato uomo di cultura dalle molte e solide radici che non ad un operatore armato di soli strumenti tecnici, ciò non fa meraviglia. L'orizzonte del Nigro giurista era destinato a spostarsi sempre, inevitabilmente, anche più in là del diritto appunto per l'esigenza di collocarlo, di radicarlo in una dimensione più ampia, di comprenderlo compiutamente: il giuridico, insomma, come territorio sicuramente autonomo nel sociale ma sicuramente in continuo rapporto osmotico col sociale. Lo storicismo nigriano e il suo conseguente antiformalismo nascevano da questa provvedutezza culturale, che diventava subito insofferenza a chiusure; e l'occhio di questo amministrativista singolare si rifiutava di guardare appagatissimo unicamente lo Stato e il suo apparato, e pretendeva invece un paesaggio più spazioso. Proprio nella recensione a Hennis scriveva: "Il problema della società contemporanea... è il problema del 'riconoscimento' di tutte le forze sociali che stanno al di fuori dello Stato"; aggiungendo immediatamente, nel timore di essere frainteso: "di un riconoscimento, precisiamo, che non sia però stabilizzazione, cristallizzazione, in definitiva sterilizzazione delle forze sociali" ([20]).

Da qui il suo interesse verso le cosiddette 'formazioni sociali' ([21]). Senza condividere le valutazioni ottimistiche, per esempio di un

([19]) Era nato a San Fili (Cosenza) nel 1912. Nel 1961 diventerà titolare di cattedra presso l'Università di Messina.

([20]) *Costituzione ed effettività costituzionale*, cit., p. 1704.

([21]) Mi sia qui consentito un ricordo personale soltanto per il suo significato esorbitante di gran lunga la semplice dimensione personale. Nel 1974, ricorrendo il cinquantenario dalla ricostituzione della Facoltà giuridica fiorentina dopo molti secoli di vuoto, io, che ero allora Preside della Facoltà, credetti di lanciare al Consiglio l'idea di una iniziativa culturale che valesse a sottolineare adeguatamente quella ricorrenza. Mario Nigro, in quel momento professore a Firenze di Diritto processuale amministrativo, fu tra coloro che sostennero con vigore l'idea e si dovette a lui la scelta del tema: "Libertà fondamen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rescigno, tentò però di fornirne una nozione non ristretta sì da interpretare estensivamente l'articolo 2 della Costituzione italiana e renderlo disponibile a comprendere tutta la ricchezza storica di un fenomeno di cui avvertiva la vitalità e la crescita; e nello stesso tempo, andando oltre, si preoccupò di analizzare ancora più capillarmente il tessuto sociale ponendosi i problemi dei poteri privati e della libertà dei cosidddetti 'terzi' rispetto alla condizionante invadenza delle formazioni stesse ([22]).

Questo respiro faceva di lui un interlocutore privilegiato per lo storico del diritto, che non poteva non avvertire la sostanziale consonanza metodologica e, per così dire, una autentica solidarietà intellettuale. E il dialogo infatti c'è stato, fertile e intenso, fra lui e alcuni allievi della scuola storico-giuridica fiorentina autori di brillanti ricerche nella storia del diritto pubblico moderno: uno dei suoi ultimi scritti, dedicato a discutere le note tesi forsthoffiane in tema di oggettività e neutralità del giurista, sta a dimostrarlo, sia per l'approccio palesemente storiografico che ha voluto dargli, sia per il dialogo con gli storici ([23]). Appena un anno fa Mario Nigro aveva lasciato aperto, apertissimo questo dialogo. Soltanto la morte lo ha bruscamente e forzosamente interrotto.

PAOLO GROSSI

---

tali e formazioni sociali", che fu poi oggetto — nella primavera del 1975 — di analisi e dibattiti nell'ámbito di un interessante Convegno di cui si deve lamentare, ohimè, la mancata pubblicazione degli 'atti'. In quel Convegno — accanto a Bobbio, a Mortati, a Giovanni Pugliese, a Paolo Barile, a Conso, a Pietro Rescigno, a Cappelletti — egli tenne una ammirata relazione intitolata 'Rapporti tra formazioni sociali e terzi', relazione che oggi, sotto il titolo *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, si può leggere in *Politica del diritto*, IV (1975), p. 579 e altresì in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale — Scritti in onore di Costantino Mortati*, 3, Milano, Giuffrè, 1977.

([22]) Il problema che lo angustiava diventò, come si dice nella nota precedente, il tema della sua relazione fiorentina del '75.

([23]) Ci riferiamo al saggio: *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, cit.; le ricerche storico-giuridiche cui si accenna nel testo, che Nigro legge con attenzione traendone più d'uno spunto per il proprio discorso, sono quelle di Maurizio Fioravanti, Luca Mannori, e Bernardo Sordi. Significativa anche la consapevole utilizzazione delle conclusioni di Pierre Legendre nella sua 'Histoire de la pensée administrative française'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Modelli e dimensioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

AUGUSTO CERRI

MARSILIO E ROUSSEAU, TEORICI DI UNA «CHIUSA» DEMOCRAZIA CITTADINA

1. Profili comuni del pensiero di Marsilio e di Rousseau. — 2. Possibili influenze mediate del pensiero di Marsilio su quello di Rousseau; insufficienza peraltro a spiegare il complesso delle analogie riscontrate. — 3. Criteri metodologici della presente ricerca: esemplificazioni. — 4. Il sistema e la metodologia di Marsilio. — 4.1. Il concetto di «commune conferens» e l'istrumentario garantistico di Marsilio. — 4.2. Sistema e metodologia di Rousseau. — 4.2.1. Concetto di «volonté générale», di «intérêt commun» ed istrumentario garantistico di Rousseau. — 5. Analogie e differenze fra meccanismo procedurale di garanzia di Marsilio e Rousseau, correlate alle analogie e differenze dei referenti storici, sociali e culturali dei due autori; la «via agricola» alla democrazia. — 6. Il comune carattere «chiuso» delle democrazie di Marsilio e Rousseau.

1. *Profili comuni del pensiero di Marsilio e di Rousseau.*

Marsilio da Padova e Rousseau hanno avuto, per molti aspetti, un destino comune: quello di essere esaltati come teorici della democrazia (1) e biasimati come precursori del totalitarismo (2), quello di

(1) Con riferimento a Marsilio v. F. (von) BEZOLD, *Die Lehre der Volkssouveranität während des Mittelalters*, in *Historische Zeitschrift*, XXXVI, 1876, 346; R. SCHOLZ, *Marsilius von Padua und die Idee der Demokratie*, in *Zeitschrift für Politik*, I, 1908, 91; B. LABANCA, *Marsilio da Padova e Martin Lutero*, in *Nuova Antologia* 1883, 174; E. RUFFINI AVONDO, *Il defensor pacis di M. da P.*, in *Riv. stor. it.* 1924, 164; F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, trad. it., Bologna, 1973, 162 ss.

Con riferimento a ROUSSEAU v., ad es.: R. MONDOLFO, *Rousseau e la coscienza moderna*, Firenze 1954; A. GROPPALI, *La «volonté de tous» e la «volonté générale»*, in *Studi ec. giur. della R. Un. Cagliari* 1936; J.W. CHAPMAN, *R. — Totalitarian or liberal?*, New York, 1956; R.D. MASTERS, *Rousseau*, Princeton 1968.

(2) Con riferimento a Marsilio, v. P. MESNARD, *L'Essor de la philosophie politique au XVI^e siècle*, Paris, 1936, 9; E.F. JACOB, *Essays in the conciliar epoche*, Manch. 1943, 93; D.J.B. HAWKINS, *Sketch of medieval philosophy*, New York, 1947, 141.

L'accusa di totalitarismo a Rousseau risale al CONSTANT (v., ad es., *De l'esprit de conquête avec la civilisation européenne*, in *Oeuvres de B.C.*, Paris, 1957, 1048 ss.,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essere stati il centro di contese teoriche intessute di una passione veramente non consueta nel campo degli studi filosofici, politici e giuridici. Ed, invero, Marsilio e Rousseau hanno in comune anche molti aspetti della dottrina politica (3): la metafora organicistica della società (4), ben diversa da quella «meccanicistica» di Hobbes (5), la libertà intesa come autodeterminazione (6), autonomia, l'esercizio di

---

1099 ss.; *De la liberté religieuse*, 1215 ss.; v. anche *Principi di politica*, trad. it. 1970, 55 ss., 179 ss.). V. poi G. JELLINEK, *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)*, ora in *Ausgewählte Schriften und Reden*, II, Berlin, 1921, 1 ss.; J.L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria*, trad. it., Bologna, 1967, 57 ss.; L.G. CROCKER, *Il Contratto sociale di Rousseau*, trad. it., Torino, 1971, 70-71; IDEM, *R. et la voie du totalitarisme*, in AA.VV., *R. et la philosophie politique*, Paris, 1965, 100; G.H. SABINE, *Storia delle dottrine politiche*, trad. it., Milano, 1967, 440; A.M. REVEDIN, *Politica e verità*, Milano, 1983.

(3) Sul punto cfr. F. ATZGER, *Essai sur l'histoire des doctrines du contrat social*, Paris, 1906, 71; R. SCHOLZ, *op. cit.*, 92; A. PASSERIN D'ENTREVES, *The medieval contribution to political thought*, New York, 1949, 63; F. BATTAGLIA, *M. da P. e la filosofia politica del medioevo*, Firenze, 1928, 96; A. GEWIRTH, *M. of Padua — The defender of peace*, New York, 1956, I, 175, 211 (nota), 258, 304. Cfr. peraltro 58 nota, 215, 223, ove rileva differenze fra i due autori. V. anche NEUMANN, op. cit., loc. cit.

Diversamente cfr. J. QUILLET, *L'aristotelisme de M. de P.*, in *Misc. medievalia*, Band 2, Berlin, 1963, 702 (che attribuisce a M. tendenze aristocratiche); C. VASOLI, *introduzione* a *Il difensore della pace*, trad. it., Torino, 1960, 75.

(4) Per Marsilio cfr. *Def. pac.*, I, II, 3 (con espresso riferimento ad Aristotile); F. BATTAGLIA, op. cit., 56. Per ROUSSEAU cfr. voce *Economia politica* (ove è evidente l'influenza hobbesiana); *Manoscritto di Ginevra*, L. I, cap. 6; *Contratto sociale*, L. I, 7; *Emilio*, L. IV, ove emerge la consapevolezza della interazione fra gli individui nella società onde non si può studiare questa senza conoscere l'uomo (vol. I, 376 nella trad. di A. Castaldo, Firenze, 1928); più nettamente, ancora, *Frammenti politici*, III, 14. La metafora organicista di Rousseau, anche quando riprende più nettamente elementi hobbesiani, vuol indicare l'essenzialità di ciascun singolo individuo all'ordinamento , onde una sola consapevole rottura della legalità rompe il patto sociale (così proprio nella voce *Ec. politica* cit.).

In senso analogo cfr. J.W. CHAPMAN, *Rousseau* cit., 24-25; diversamente, C.E. VAUGHAN, *Introduzione* a *The political writings of J.J.R.*, Cambridge, 1915 e, più recentemente, Oxford, 1962.

(5) Cfr. T. HOBBES, *Leviathan*, cap. I; in Hobbes lo Stato non è organismo ma piuttosto macchina, separata dagli individui e ad essi esterna e sovraordinata.

Sulla contrapposizione fra Hobbes e Rousseau nel concepire il rapporto fra popolo e Stato v. P.L. ZAMPETTI, *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti*, Milano 1973, 63 ss.

(6) Marsilio, *Def. pac.*, I, XII, 6 (...«quia civitas est communitas liberorum... quilibet civis liber esse debet nec alterius ferre despociam id est servile dominium»...); v. anche I, IX, 5.

Rousseau, *Contratto sociale*, L. I, 6 («...» Trouver une forme d'association... par

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questa, in sede politica, attraverso la legislazione e ad opera dell'intero corpo dei cittadini (7), l'intervento ritenuto opportuno di «esperti» nella fase preparatoria della legge (8), l'universalità del precetto legislativo (9), l'ordinazione di questo all'interesse comune dei consociati (10), l'idea di una garanzia «a perfetta tenuta» insita in questo meccanismo procedurale, espressa, a distanza di secoli, con paro-

---

laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant"). Su Rousseau e Kant cfr. S. CASSIRER, *Rousseau, Kant und Goethe*, Princeton 1945; V. DELBOS, *Rousseau et Kant*, in *Rev. de mét. e de morale* 1972, n. 3; P. PASQUALUCCI, *Rousseau e Kant*, Milano, 1974.

(7) Marsilio, *Def. pac.*, I, XII, 3 «Nos autem dicamus secundum veritatem atque consilium Aristotelis, 3° pol., cap. 6°, legislatorem seu causam legis effectivam primam et propriam esse populum seu civium universitatem aut eius valenciorem partem, per suam elecionem seu voluntatem in generali civium congregatione per sermonem expressam»; I, XII, 5 (...«legumlacionis auctoritatem humanam ad solam civium universitatem...» ...ex universe multitudinis auditu et precepto tantummodo feratur lex optima); XIII, 1, 2, 3; XIV, 4 («universam civium multitudinem»). Cfr. anche XII, 5 e 8, ove riecheggia il principio del quod omnes tangit.

Per Rousseau v. Contr. soc., II, 6 «mais quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui-même... c'est cet acte que j'appelle une loi»; cfr. anche II, 4.

(8) Cfr. Marsilio, *Def. pac.*, I, XIII, 8. Rousseau, *Contr. soc.*, II, 7. Cfr., amplius, note da 69 a 73.

(9) Marsilio, *Def. pac.*, I, XI, 1 e 2; XI, 1; XII, 6, 8; XIV, 5, 7.

Rousseau, *Contr. soc.*, II, 6 (la loi réunissant l'universalité de la volonté et celle de l'object»); implicitamente, II, 4 («la volonté générale doit partir de tous pour s'appliquer à tous»... «la volonté générale à son tour change de nature, ayant un object particulier, et ne peut comme générale prononcer ni sur un homme ni sur un fait»... «le pacte social établit entre le citoyen une telle égalité qu'il s'engagent tous sur les mêmes conditions et doivent jouir tous de mêmes droit», etc.). Anche nella voce *Ec. pol.* cit. R. esclude qualsiasi eccezione alla norma. V. ancora, *Contr. soc.*, II, 1; *Frammenti politici*, IV, 5; *Emilio*, L. V. Cfr. M. HALBWACHS, *Introduction, notes et commentaire a J.J.R., Du contrat social*, Aubier 1943, 100 («l'égalité ici est l'equivalent de l'universalité»).

(10) Per Marsilio cfr., ad es., *Def. pac.*, I, VIII, 2 («commune conferens») XI, 1 («civile iustum et conferens commune»); XII, 2 («scienciam iustorum et conferencium civilium»... «inventio vera iustorum et conferencium»); XII, 5 («communia conferencia»... «commune conferens»... «communis utilitas»); XII, 8 («commune conferens»); XIII, 5 (commune conferens); XIII, 6 (commune iustum et conferens), etc. Cfr. anche I, V, 7, sulla repressione delle violazioni della legge («ad aequalitatem aut proportionem debitam reducantur»).

Per Rousseau, *Discorso sull'origine dell'ineguaglianza*, II (l'interesse comune induce gli uomini ad unirsi in tribù); voce *Econ. pol.*, ripetutamente; *polisinodia S. Pierre*, cap. IX; *Contr. soc.*, I, 7; II, 3; II, 4; IV, 1; *Fr. pol.* VI, 4; *Emilio*, L. V, etc. Rousseau parla di interesse generale solo quando, come nella voce *Econ. pol.*, contrappone l'interesse comune dell'intera società a quello comune interno a società particolari.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le sorprendentemente simili, tale da assicurare sempre il concorde perseguimento di utilità e giustizia ([11]), l'esiguità dei limiti «esterni» (diversi da quelli insiti nel detto meccanismo procedurale) al potere ([12]), il «positivismo giuridico» ed il parallelo riassorbimento dei motivi giusnaturalistici nel meccanismo procedurale ([13]), la garanzia di una libertà dal potere prevalentemente intesa come valore insito nel principio di legalità ([14]), la sensibilità peraltro verso i problemi della libertà di coscienza, con argomenti, in entrambi gli

([11]) Marsilio, I, XII, 8 (nemo sibi scienter nocet aut vult iniustum); I, XII, 5 (ex universa multitudine magis attenditur legis communis utilitas, eo quod nemo sibi scienter nocet).

Per Rousseau v. *Contr. soc.* premessa (allier... ce que le droit permet avec ce que l'interêt prescrit, afin que la justice et l'utilité ne se trouvent point divisées); II, 4 (chacun se soumet nécessairement aux conditions qu'il impose aux autres; accord admirable de l'intérêt et de la justice); I, 7 (le souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur); II, 6 (ni la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même... de lui même le peuple veut toujours le bien). Cfr. anche *Emilio*, L. V.

Sul problema dei possibili errori del legislatore cfr. note 96, 97 che seguono.

V., succintamente, A. GEWIRTH, op. cit., II, 49, nota 20.

([12]) Entrambi gli autori sottolineano che un libero dibattito è presupposto della legge: cfr. *Def. pac.*, I, XII, 5; XIII, 7; *def. min.*, XII, 5. Rousseau, *Contr. soc.*, II, 3; *Considerazioni sul governo della Polonia*, VII.

In Rousseau è acuta la sensibilità delle garanzie processuali. Già nella voce *Ec. pol.* aveva avvertito che una sola palese ingiustizia rompe il patto sociale. Da altro punto di vista cfr. anche *lettera VII dalla Montagna; Rousseau giudice di Jean Jacques*, etc...

Forte anche in Rousseau è la coscienza della necessaria garanzia della libertà personale: cfr. *lettere VII ed VIII dalla Montagna* con richiami all'esperienza inglese.

Sul limite della libertà di coscienza in entrambi gli autori cfr. nota 15 che segue.

([13]) Per Marsilio v. *Def. pac.*, I, X, 5 (unde iustorum et conferencium civilium non omnes vere cognitiones sunt leges, nisi de ipsarum observacione datum fuerit preceptum coactivum).

Per Rousseau, v. *Contr. soc.*, II, 6 (Sans doute il est une justice universelle émané de la raison seule; mais cette justice, pour être admise entre nous doit être réciproque... Il faut donc des conventions et des lois pour unir le droit au devoir et ramener la justice à son objet).

([14]) Per Marsilio v. *Def. pac.*, II, X, 3; II, X, 8, ove distingue peccato ed illecito giuridico.

Per Rousseau cfr. *Contr. soc.*, II, 4 (il corpo sovrano «ne peut charger les sujets d'aucune chaîne inutile à la communauté»). Cfr. anche *lett. VII dalla Montagna* sull'opportunità di concentrare sui singoli cittadini le garanzie della libertà del popolo intero. Sono rilevanti anche quei luoghi in cui Rousseau mostra di ritener consona ad un ottimo regime una legislazione esigua ed essenziale: *Contr. soc.*, II, 12; *Frammenti pol.*, IV, /; *Considerazioni sul governo di Polonia*, X.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autori, desunti dal principio di incoercibilità della fede e del pensiero ([15]), la preminenza del potere politico su quello religioso, espressa talvolta in maniera anche irritante ([16]), la distinzione fra legislatore (cui appartiene tutt'intero il potere sovrano) ed esecutore ed il controllo del primo sul secondo al di fuori di qualsiasi schema che

([15]) Il principio secondo cui *fides cogi non potest* risale probabilmente a Lattanzio (*Div. Inst.*, L. V, cap. 20) ed è presente anche in Tommaso d'Aquino (2a, 2ae, qu. XI, a.3; qu. XXXIX, a.4; qu. LX, a.6; qu. LXVII, a.1) e coesiste con l'ipotesi di punizione dell'eretico al fine di evitare lo scandalo (non di chi professa altra religione). Questo principio sarà ripreso dai teorici della libertà religiosa del '500 e del '600: cfr., ad es., Monfortius, *De haereticis an sint persequendi capitali supplicio*, 1554, ora Généve 1954 (attr. a Sebastien Castellion); Minius Celsus senensis, *De haereticis capitali supplicio non afficiendis*, 1583; Coornhert, *Epitome processus de occidendis haereticis et vi consientiis infexrenda*, Godvae, MDCII, etc. Il principio è solennemente riaffermato nella *Declaratio de libertate religiosa* del Concilio Vat. II.

Marsilio ripetutamente ribadisce l'incoercibilità della fede: cfr. *Def. pac.* II, V, 6; II, IX, 2, 4 e 7; *Def. min.* IX, 5, 7. Tuttavia affida l'eventuale repressione dell'eresia al *legislator humanus: Def. pac.*, II, VI, 12, 13; II, V, 7; II, IX, 7; II, X, 3, 6, 8, 11; II, XXVIII, 15; III, II, 30; *Def. min.*, X, 5, 6; XV, 8. Questa repressione, allora, viene ad essere implicitamente giustificata per motivazioni di ordine pubblico. Cfr. sul tema A. Passerin d'Entrèves, *The medieval contribution* cit., 81; A. Gewirth, op. cit., 164, 165; F. Ruffini, *La libertà religiosa*, Milano, 1967, 29 ss. Un passo di Marsilio esprime tutti i tormenti e le perplessità dell'A. (II, V, 6-7): «In Ecclesia vero non coactum sed adquiescentem oportet ad meliora converti... nec si data esset talis potestas scilicet, haberemus, nos videlicet episcopi seu presbyteri, ubi exerceremus eiusmodi potestatem, cum Deus noster, Christus scilicet, non necessitate, id est violencia, submotos a peccato sed propria sese sponte abstinentes remuneraturus. Non autem ex hiis dicere volumus inconveniens esse coerceri hereticos aut aliter infideles, sed auctoritatem hanc, si liceat hoc fieri, esse solius legislatoris humani».

Marsilio inoltre ipotizza non vere pene nei confronti degli eretici, ma misure a carattere profilattico (esilio, isolamento): II, X, 3 (ove sembra ipotizzare una vera pena solo in caso di inosservanza dell'obbligo di allontanarsi). Tutto ciò si collega alla distinzione fra atti immanenti ed atti transitivi che soli possono esser toccati dalla legge umana: *Def. pac.*, I, V, 4, 7; I, VI, 1; II, VIII, 5; II, X, 7. Sul tema cfr. Z.P. Zampetti, *Considerazioni sul concetto di giuridicità nel defensor pacis*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1954, 220 ss.

Il pensiero di Rousseau è espresso in una famosa *lettera a Voltaire*; v. anche *Contr. soc.* I, 4; IV, 8; *Professione di fede di un Vicario savoiardo.*

([16]) Tutta la *seconda Dictio* del *def. pacis* è imperniata su questa ipotesi. Al legislatore umano spetta la repressione dell'eresia (v. nota che precede); al legislatore umano spetta la convocazione del medesimo concilio, che deve fissare gli articoli della fede: II, XXI, 1; II, XXII, 9. Marsilio si mostra sensibile alla libertà di fede; è del tutto insensibile, invece, rispetto al problema della libertà organizzativa della Chiesa, della *libertas Ecclesiae*: cfr. A. Passerin d'Entrèves, op. cit., 81 ss.

Per Rousseau cfr. *Contr. soc.*, IV, 8; cfr. anche *Dedica* al *Discorso sulle origini dell'ineguaglianza.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possa ricordare il *pactum subiectionis* (ed, invece, nell'ambito di un'ipotesi di mandato revocabile), che in Rousseau assume l'aspetto di un fine contrappunto alla teoria della divisione dei poteri e del governo misto ([17]).

Certo, accanto a questo imponente insieme di elementi comuni, esistono anche reali (ma non sempre irriducibili) differenze. Marsilio muove, ad es., dall'ipotesi aristotelica dell'intrinseca socialità dell'uomo ([18]); mentre Rousseau dapprima ipotizza un uomo naturale solitario ([19]) e solo in seguito precisa che quest'uomo ha in sé virtualità sociali, è nato per la società ([20]), così ulteriormente chiarendo

---

([17]) Marsilio distingue, seguendo Aristotile, legislazione ed esecuzione e sottopone la seconda alla prima (I, IX, 11; I, XV, 2). In ciò si distacca dalla dottrina politica medioevale che concepiva la giurisdizione come momento di enucleazione della norma razionale (cfr. A. GEWIRTH, op. cit., 229-30); si distacca anche dalla tradizione giuridica che nel termine *iurisdictio* comprendeva anche la normazione («quia facere statuta est iurisdictio in genere sumpta»: BARTOLUS, ad Dig. Vet., I, I, 9, par. 33); cfr. sulla distinzione fra *iurisdictio* e *gubernaculum* nel diritto inglese cfr. C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia, 1956, 85 ss.

La distinzione di Marsilio si collega peraltro alla struttura del comune medioevale. La giurisdizione è concepita come mera applicazione del diritto, salvo i casi in cui è consentito il ricorso all'*aequitas* (I, XIV, 7), spettando al legislatore l'interpretazione dei casi dubbi (I, XII, 3, 9). La *pars principans* (esecutivo) ha in sé funzioni amministrative e giudiziarie (I, XIV, 4, 5).

La distinzione fra corpo legislativo e magistrati preposti all'esecuzione si fonda in Marsilio su ragioni economiche: «fit enim per ipsum conveniencius executio legalium quam per universam civium multitudinem, quoniam in hoc sufficit unus aut pauci principantes, in quo frustra occuparetur universa communitas, que etiam ab aliis operibus necessariis turbaretur» (I, XV, 4).

Rousseau premette che la sovranità è una ed indivisibile (*Contr. soc.* II, 2); ma questa non può esercitarsi legittimamente se non su oggetti universali, sull'intera collettività, non con atti particolari (cfr. nota 9 che precede; cfr. anche *Contr. soc.* II, 4; III, 4). L'esecuzione deve esser lasciata a magistrati designati dal corpo sovrano (*Contr. soc.* III, 1, 5, 16) e revocabili. In mancanza di ciò le leggi non garantirebbero più il bene comune e l'eguaglianza delle loro norme verrebbe travolta nel momento applicativo. Nella *lett. VII dalla Montagna* afferma l'incompatibilità, per la medesima persona, dell'esercizio di poteri amministrativi e giudiziari; nelle *lett. VIII e IX* ipotizza ampie articolazioni interne all'esecutivo. Cfr. anche *lett. VI dalla Montagna*; *Framm. pol.*, III, 21, 26; *dedica* al *discorso sulle origini dell'ineguaglianza*.

([18]) *Def. pac.*, I, IV, 3.

([19]) *Discorso sulle origini dell'ineguaglianza*, parte I.

([20]) *Manoscritto di Ginevra*, I, 2, 3; *Contr. soc.*, I, 8; *Framm. pol.* II, 8 (v. peraltro dubitativamente, *Fram. pol.*, V, 6); *Professione di fede del Vicario savoiardo* (II, 56, nella trad. cit.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il valore di «idea-limite», di «idea regolativa» dell'ipotesi prospettata [21]. Marsilio ipotizza un transito da forme di giuridicità diffusa a forme di convivenza politica lento e progressivo, che si snoda attraverso varie fasi [22], mentre Rousseau ammette un momento di socialità pregiuridica [23] ma fa nascere il diritto con il sorgere della società politica [24].

Marsilio, coerentemente con le sue premesse aristoteliche, non dubita della necessità e delle positività del vivere associato [25]. Rousseau dapprima sembra ritenere che la società giuridicamente e politicamente strutturata nasce da un errore (*funeste hazard*), da cui però non è più possibile recedere per una sorta di fenomeno di «consolidazione dei bisogni» [26] e solo in scritti più maturi ammette la «positività» del vincolo sociale, come momento di sviluppo delle virtualità morali dell'uomo (contemporaneamente muta il suo atteggiamento nei confronti della proprietà privata) [27].

Marsilio non ipotizza un contratto come atto di nascita della società politica (pur se un contrattualismo inconsapevole non è estraneo al suo pensiero [28], mentre Rousseau il contratto ritiene presupposto necessario di una società politica libera [29], talvolta espresso,

---

Su questo concetto di «virtualità» nel pensiero di Rousseau cfr. R. DERATHÈ, *Le rationalisme de J.J.R.*, Paris, 1948, 14; B. BACZO, *Rousseau — Solitude et communauté*, trad. franc. Mouton-Paris-Le Haye, 1974, 93.

[21] Così acutamente A. ILLUMINATI, *J.J. Rousseau*, Firenze, 1975, 43.

[22] Marsilio, *Def. pac.*, I, III, 4 (nel vico «oportuit seniorem disponere iusta et conferencia rationabili aliqua ordinacione vel lege quasi naturali»).

[23] Cfr. seconda parte *Discorso sull'origine dell'ineguaglianza* ove accenna al villaggio, alla tribù (alle prime feste, etc.); *Contr. soc.* I, 3 (famiglia). Ma la società giuridica nasce con la divisione del lavoro e la proprietà privata.

[24] Cfr. *Discorso sull'origine dell'ineguaglianza*, seconda parte; voce *Ec. pol.* (il fondamento del contratto sociale è la proprietà); *Framm. pol.* III, 5.

[25] Cfr. nota 18 che precede.

[26] Ciò nelle ultime pagine del *Discorso sull'origine dell'ineguaglianza.*

[27] Cfr. luoghi cit. nelle note 19, 20 che precedono. Per quel che concerne la proprietà cfr. luoghi cit. nella nota 20 che precede, cui adde *Contr. soc.*, I, 9.

[28] Un qualche presentimento del contrattualismo può essere avvertito nel cap. IV della Prima dictio ma si esclude in genere che Marsilio possa considerarsi teorico di questa dottrina. Cfr. F. BATTAGLIA, op. cit., 70, 71; J.W. GOUGH, *Il contratto sociale*, trad. it., Bologna 1986, 63-64. Diversamente, cfr. F. ATZGER, *Essai* cit., 76 ss.; O. (von) GIERKE, *Genossenschaftsrecht*, III, 570.

[29] Dal contrattualismo ROUSSEAU desume anche limiti al potere: lo Stato non può obbligare a credere in un minimum di articoli di fede ma può escludere dal suo seno chi non vi crede (*Contr. soc.*, II, 4; IV, 8). Nel *Progetto di costituzione per la Corsica* Rous-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre comunque da ipotizzare come tacito ([30]). Vero è che in Marsilio è presente un contrattualismo implicito, tipico del resto della cultura medioevale, e si manifesta nel richiamo al principio del *quod omnes tangit* ([31]), nel medesimo concetto di *valentior pars* ([32]), nell'esilio come sanzione prevista per l'eretico ([33]).

Marsilio, appunto, qualifica in certo modo la maggioranza necessaria per l'approvazione delle leggi, l'elezione dei magistrati, etc. (*valentior pars qualitate et quantitate personarum*) ([34]), mentre Rousseau, pur nell'ambito di un tendenziale unanimismo ([35]) e, pur ammettendo in certi contesti e per certe decisioni l'opportunità di maggioranze qualificate ([36]), accetta il principio della maggioranza semplice ([37]).

Rousseau, d'altra parte, diversamente da Marsilio, ritiene necessaria condizione di una democrazia l'omogeneità sociale di partenza ([38]).

L'esecuzione delle leggi attraverso un organo distinto dal legislatore acquista in Rousseau valenze di garanzia più pregnanti (garanzia di una legge volta all'interesse comune, garanzia che sia preservata l'universalità e dunque l'eguaglianza del suo contenuto) ([39]) men-

---

seau ipotizza un solenne ed unanime giuramento come atto di nascita della Repubblica corsa.

([30]) Cfr. Th. REDPATH, *Réflexions sur la nature du concept de contrat social*, in AA.VV., *Études cit.*, 55 ss.; M. GAGNEBIN *Le role du législateur*, etc., ivi, 287.

([31]) Cfr. nota 7 che precede. Tale principio, di derivazione privatistica, è sovente impiegato dai giuristi italiani, in contrapposizione al principio maggioritario, nel senso di richiedere un consenso unanime quando si toccano i diritti individuali e non più solo gli interessi comuni. Cfr. ALB. ROSC. a D. 50, 1, 19; GLOSSA a D. 50, 1, 19; BARTOLO a D. I, I, 9; ODOFREDO a D. 2, 14, 8.

([32]) V., *infra*, § 4.1.2.; note da 101 a 105, che seguono.

([33]) Cfr. nota 15 che precede.

([34]) V. sempre infra 4.1.2.; note da 101 a 105 che seguono.

([35]) *Contr. soc.* IV, 1 e 2 («Plus le concerte règne dans les assemblées, c'est-à-dire plus les avis approchent de l'unanimité, plus aussi la volonté générale est dominante»).

([36]) *Considerazioni sul governo della Polonia*, IX.

([37]) *Contr. soc.* I, 5; II, 4, etc.

([38]) Cfr. voce *Econ. pol.*, sulle società parziali, sulla prevenzione degli eccessivi dislivelli di fortuna e sul regime tributario; *Contr. soc.*, I, 9; II, 12 (nessun cittadino sia tanto ricco da poterne comprare un altro o tanto povero da esser costretto a vendersi); l'idea di una lex agraria affiora nel *Progetto di costituzione per la Corsica*.

([39]) Cfr. nota 17 che precede.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tre in Marsilio l'analogo meccanismo è giustificato con argomenti di mera economia ([40]).

In Rousseau si comincia a delineare una distinzione fra «esecutivo» e giurisdizione ([41]), che in Marsilio è assente.

Rousseau ammette una creatività dell'interprete nei limiti della legge ([42]), mentre in Marsilio il giudice si limita ad applicare le leggi e l'interpretazione, nei casi dubbi, spetta al legislatore (secondo il brocardo *eius est interpretari cuius condere*) ([43]).

Alcune delle differenze accennate non appaiono veramente irriducibili. Successivi svolgimenti del pensiero *rousseauviano* o svolgimenti impliciti di quello *marsiliano* finiscono con l'attenuarle ed, in parte, con l'eliminarle. Altre effettivamente restano ferme.

2. *Possibili influenze immediate del pensiero di Marsilio su quello di Rousseau; insufficienza peraltro a spiegare il complesso delle analogie riscontrate.*

L'insieme delle analogie indicate è, peraltro, impressionante, ben più vasto di quelle che accomunano, ad es., Rousseau ad Althusio, pur segnalate da una tradizione di pensiero che risale al Gierke ([44]). In questo caso, infatti, non è solo l'idea della sovranità popolare come unico fondamento del potere o l'accantonamento del concetto stesso di *pactum subiectionis* che avvicina i due pensatori; sono proprio gli istituti concreti della democrazia ad essere strettamente simili e talvolta anche le parole con cui ne viene illustrato il senso riposto. In Althusio, inoltre, la sovranità popolare resta ancora prevalentemente la fonte, l'origine del potere. In Marsilio e Rousseau è modo di esercizio quotidiano del medesimo (vero è che la seconda *dictio* di Marsilio ed il *defensor minor* contengono notevoli concessioni all'ipotesi di un *regnum* e di un impero in cui la democrazia non sempre è modo concreto di esercizio del potere).

Il Gierke ipotizza una conoscenza di Althusio da parte di Rous-

---

([40]) Cfr. nota 17 che precede.

([41]) *Lettera VII dalla Montagna*.

([42]) V. luoghi cit. nella nota 41 che precede.

([43]) Cfr. nota 17 che precede.

([44]) O. (von) GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, 1902, ad. es., 91, 163, 289, 345, etc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seau ([45]); il quale, del resto, si mostra ben consapevole dell'opera e della rilevanza storica del pensatore tedesco, pur se non lo cita con riferimento a specifiche tesi ([46]).

Non è facile ipotizzare che Rousseau conoscesse l'opera di Marsilio, dal momento che non ne fa menzione in nessun luogo della sua opera. Marsilio è citato da Dietrich von Niem ([47]), ampiamente da Nicola Cusano ([48]), dal medesimo Althusio ([49]), da Hooker ([50]). Probabilmente è citato anche da Grozio ([51]), autore familiare a Rousseau. Marsilio, inoltre, è stato tradotto in lingua inglese nel corso del '500 e, dunque era ben noto ad Hobbes, con le cui dottrine «ecclesiastiche» Rousseau espressamente consente ([52]). Ed, in genere, il pensiero *marsiliano* sul tema è omogeneo a quello della Riforma, oltreché agli interessi degli Stati nazionali.

Marsilio ha influenzato anche il pensiero di Cromwell ([53])... Qualche passo della sua opera può esser stato recepito nell'opera roussoviana attraverso la mediazione di Machiavelli, autore che Rousseau conosceva ed apprezzava ([54]) il quale, a sua volta, probabilmente conobbe l'opera di Marsilio ([55]), anche se non ne fece espressa menzio-

---

([45]) O. (von) GIERKE, op. ult. cit., 9.

([46]) Nella parte finale della *lett. VI dalla Montagna.*

([47]) Opera sulla convocazione del concilio, pubbl. da Heimpel, Heidelberg, 1929 (in Sitzungsberichte der Heidelberger Akad. der Wissenschaften.

([48]) *De concordantia catholica*, II, XXXIV. Cfr. J. QUILLET, *Le defensor pacis de M. de P. et la «concordantia catholica» de Nicolas de Cues*, in *Misc. mediev.*, Berlin, 1963, Bad 2, 485.

([49]) *Politica methodice digesta*, XXVIII, 32.

([50]) *Laws of Ecclesiastical polity*, VII, XI, 8, nota.

([51]) *Marsilius patavinus* figura fra gli «auctores laudati» nell'indice del *de jure belli ac pacis* di Ugo Grozio, nell'edizione del MCMXIX (Lugduni Batavorum apud A.W. Sijthoff — edidit Molhuysen — prefatus est C. Van Vollenhoven). Confesso non di esser riuscito a rinvenire il luogo in questione.

([52]) Rousseau ammette espressamente che l'unica idea hobbesiana da lui condivisa è quella della preminenza del potere civile sul religioso: *Contr. soc.*, IV, 8.

([53]) Cfr. E. RUFFINI AVONDO, *Il defensor* cit., 164.

([54]) Cfr. sul tema P.M. CUCCHI, *Rousseau lecteur de Machiavelle*, in *Jean Jacques Rousseau et son temps* (a cura di M. Launay), Paris, 1969, 17 ss.

([55]) In questo senso PREVITÉ-ORTON, *The defensor pacis of Marsilius of Padua*, Cambridge 1928, introduz., XIV; contra C. VASOLI, *Introduzione* cit., 74. È però indiscutibile la somiglianza di alcuni passi marsiliani con altri luoghi del Machiavelli: non solo quello sulla possibile funzione civile della religione (cfr. *Def. pac.*, I, V, 11 e *Discorsi sulla prima deca di Tito Livio*, II, 2) ma anche quello sulla degradazione del *regnum italicum*, che «alienarum et invisarum gencium subivit imperium» e degli italiani, il cui

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne. Tale è, ad es., quel luogo del contratto sociale in cui Rousseau accenna ad un possibile uso della religione a fini civili ([56]), che sembra tratto di peso da un luogo del discorso sulla prima deca di Tito Livio ([57]) e che somiglia strettamente ad un luogo marsiliano ([58]). Ciò, naturalmente, a prescindere dal diverso atteggiamento di questi tre autori di fronte alla religione.

L'idea di una legge a contenuto universale era largamente diffusa nella cultura giuridica anche anteriore a Marsilio ([59]); Rousseau può averla assimilata attraverso la lettura delle opere di Grozio ([60]) o di Pufendorf ([61]), che costituiscono, in certo modo, il tramite fra cultura giuridica e filosofica-politica.

L'idea di una libertà di coscienza fondata sulla intrinseca spontaneità della fede, che in Marsilio è adombrata in termini non molto diversi da quelli già delineati nell'opera di Tommaso d'Aquino ([62]), si sviluppa tra il '500 ed il '600 con argomenti in parte conformi ([63]) e forse perviene a Rousseau attraverso Spinoza, che questi argomenti ribadisce ([64]).

L'idea della democrazia come forma di governo più adatta ad una comunità ristretta è implicita in Marsilio, che pur non esclude forme partecipative di legislazione anche nell'ambito dei *regna* ([65]).

«patronimicum nomen, gloriam et immunitatem invocantibus praebere solitum, in passionem ignominie a reliquis nacionibus exprobetur eisdem» (*def. pac.*, I, I, 2), che somiglia assai all'appassionata esortazione che conclude il Principe.

([56]) Cfr. *Contr. soc.*, IV, 8.

([57]) Cfr. nota 55 che precede.

([58]) Cfr. nota 55 che precede.

([59]) Uno dei temi classici del pensiero medioevale sull'eguaglianza giuridica era «an requisita universalitas talis esse debet ut omnes cuiusve generis omnino comprehendat, vel potius sufficiat ut infra aliquod genus neminem excludat»: cfr. V. COLORNI, *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, Milano, 1970, 17 ss.

([60]) Cfr., ad es., *De jure belli ac pacis*, VI, 2.

([61]) Cfr., ad es., *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, I, VII, 1; I, XVII, 12 e 13; II, I, 8, etc.

([62]) Cfr. nota 15 che precede.

([63]) Cfr. la medesima nota 15 che precede.

([64]) Cfr. P. VERNIÈRE, *Spinoza et la pensé française avant la revolution*, Paris, 1954, spec. 485.

([65]) In genere si ritiene la *prima dictio* modellata sul comune italiano (PREVITÉ-ORTON, op. cit., XVIII-XIX; F. BATTAGLIA, OP. CIT., 105-106; A. GEWIRTH, op. cit., 307 ss.) mentre la *seconda dictio* ed il *defensor minor* conterrebbero più frequenti con-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È formulata però espressamente da Bartolo; viene poi ribadita da Pufendorf e da Montesquieu ([66]) ed appare ben nota a Rousseau.

Tutto ciò peraltro non è sufficiente a spiegare l'insieme cospicuo delle analogie riscontrate. Un tentativo di ulteriore spiegazione risulterebbe tuttavia inutile senza un'analisi più approfondita del pensiero di questi autori, che non si fermi alla esteriore constatazione degli istituti giuridico-politici che propongono e delle parole che adoperano per giustificarli ma tenda a coglierne il più intimo e riposto significato.

3. *Criteri metodologici della presente ricerca — esemplificazione.*

Ogni dottrina politica muove da premesse filosofiche e metodologiche precise, si sostanzia di un insieme di istituti giuridici, interpreta una data realtà storica e sociale. Non è, dunque, pienamente comprensibile trascurando uno di questi tre elementi.

Marsilio, ad es., non dà una definizione precisa di interesse comune (*commune conferens*) e, dunque, non è possibile intendere il preciso senso di questo concetto se non nel contesto di tutto il suo sistema e, segnatamente, tenendo conto del suo metodo, del suo tipo di approccio ai problemi umani e sociali.

Rousseau ci dà una definizione precisa di analogo concetto (*intérêt commun*), più volte e sempre ripetuta con assoluta uniformità ([67]), eppure questo concetto si lega costantemente all'altro di

---

cessioni all'ipotesi di una monarchia (o dell'impero) fondata sul consenso e cui non è estraneo l'istituto del parlamento (che proprio in quel periodo andava prendendo forma in Francia ed in Europa). Il ben noto soggiorno parigino di Marsilio ha probabilmente suggerito questo secondo modello.

([66]) Sul tema cfr. G. SALVEMINI, *La teoria di Bartolo di Sassoferrato sulla costituzione politica*, ora in *La dignità cavalleresca nel comune di Firenze ed altri scritti*, Milano 1972, spec. 338 ss.

([67]) *Contr. soc.*, II, 3: «Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale; celleci ne regarde qu' à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé et ce n'est qu'une somme de volontés particulières: mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entredétruisent, reste pour somme des différences la volonté générale». Cfr. anche *Contr. soc.*, L. IV, 1; *Prefazione al Narciso*; e *Considerazioni sul governo della Polonia*, VII.

In sostanza si tratta di operazione matematica in cui si conferisce segno fra loro op-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

volonté générale onde le diverse interpretazioni che di siffatta *volonté générale* sono state date finiscono con il riverberarsi sull'interpretazione del concetto di interesse comune.

In entrambi i casi si tratta di stabilire se interesse comune sia una nozione intrisa di elementi «valorativi» oppure una nozione quasi matematica, se interesse della comunità intesa come un qualcosa che trascende i singoli membri od interesse di tutti e di ciascuno, parte comune degli insiemi di interessi individuali. Non può sfuggire l'importanza di questo preliminare chiarimento; e neppure sfugge come risulti connesso in modo difficilmente districabile con l'analisi delle «metodologie», del modo di ragionare seguito dall'uno e dall'altro autore.

È pur vero che un'analisi puramente filosofica, la quale prescinda dalla piena comprensione degli istituti giuridici onde si sostanzia la dottrina del pensatore politico e dei «referenti» storici e sociali di questa, risulta del tutto insufficiente ad un completo chiarimento del relativo significato. Anche a questo proposito alcuni esempi tratti proprio dalle vicende interpretative di Marsilio e di Rousseau possono essere utili.

Marsilio e Rousseau, ad es., ritengono opportuno che l'approvazione (con eventuali emendamenti) della legge debba esser proceduta dalla proposta di esperti ([68]); ciò è stato talvolta ritenuto sintomo di vocazione autoritaria ([69]). Marsilio e Rosseau in vero chiariscono che il proponente non ha poteri deliberativi e tuttavia certe parole «enfatiche» di Rousseau potrebbero avvalorare l'equivoco. Ogni illazione di questo tipo, peraltro, è destinata a dissolversi ove si abbia riguardo ai referenti storici di questa procedura. In sede costituente i referenti di Rousseau sono Licurgo, Numa, Mosè, i decenviri ([70]);

---

posto agli interessi fra loro in contatto, così pervenendo ad enucleare il solo interesse comune: cfr. P.M. VERNES, *La ville, la fête, la democratie*, Paris 1978, 170; R.D. MASTERS, op. cit., 326.

Più correttamente si potrebbe forse definire l'interesse comune come l'area di intersezione fra i diversi insiemi costituiti dagli interessi particolari (cfr. *Emilio*, ed. cit., II, 352-53, ove ci si avvicina a questa immagine).

([68]) Cfr. nota 8 che precede.

([69]) Cfr. L.G. CROCKER, *Il contratto sociale di Rousseau*, trad. it. 1971; 128; idem, *Rousseau et l'opinion*, in *Studies on Voltaire and the eightheen century*, LV, 1967, 395 ss.

([70]) Cfr. M. GAGNEBIN, *Le rôle du législateur dans la conception politique de R.*, in AA.VV., *Etudes* cit., 273 ss.; P. PASQUALUCCI, *Legislazione e legislatore nel pensie-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in sede di legislazione ordinaria Rosseau fa espresso riferimento a consuetudini delle repubbliche italiane ([71]) ed in altri contesti si riferisce ad istituti ginevrini ([72]). Del pari evidente è il rapporto fra la proposta marsiliana ed i corrispondenti istituti dei liberi comuni. Del resto, il problema del *drafting* legislativo è attuale anche nei contemporanei parlamenti rappresentativi e nasce dall'evidente necessità di raccordare competenze tecniche e scelte politiche popolari. Presenta indubbiamente un qualche pericolo; ma sia Marsilio sia Rosseau se ne mostrano ben consapevoli ([73]). Questi referenti storici escludono peraltro ogni ipotesi di larvata tirannia.

Confrontando gli istituti giuridici onde si sostanzia la democrazia *rousseauviana* con quelli proposti e sostenuti dai giacobini non è difficile rilevare profonde differenze e contraddizioni ([74]); ipotizzare allora, come talvolta si fa, una continuità di ispirazione fra il pensatore ginevrino ed i protagonisti della fase culminante della rivoluzione francese significa sottovalutare il rilievo della strumentazione giuri-

---

ro di J.J.R., in AA.VV., *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, I, Perugia, 1988, 193 ss. (a cura di A. Giuliani e N. Picardi).

([71]) Su cui cfr. D. QUAGLIONI, *Legislazione statutaria e dottrina della legislazione nel pensiero giuridico del trecento italiano: le «Quaestiones statutorum» di Alberico da Rosate*, in AA.VV. (a cura di A. Giuliani e N. Picardi), *Modelli* cit., II, 109 ss. Cfr. anche C. VASOLI, *Introduzione* cit., 40-41.

([72]) Nella *Dedica* al *Discorso sulle origini dell'ineguaglianza* Rousseau esalta la saggezza del regime di Ginevra che vuole riservata l'iniziativa delle leggi alla prudenza del Consiglio minore; nella *Lettera VIII dalla Montagna* denunzia come elemento di una degenerazione oligarchica questa assoluta riserva.

([73]) Per Marsilio cfr. *Def. pac.*, I, XIII, 8, ove prospetta anche l'eventualità di una scelta degli esperti con criterio proporzionale rispetto ai ceti.

Per Rousseau cfr. *contr. soc.* II, 7 (ove si pone come condizione per l'assunzione di questo ruolo la rinunzia ad ogni altra magistratura che comporti l'esercizio di un potere). V. poi nota 72 che precede.

([74]) Al federalismo (espresso, ad es., negli scritti sull'*Abate di Saint Pierre*) si contrappone il centralismo dei giacobini; al mandato imperativo, la libertà da vincoli del rappresentante del popolo; alla sapiente dosatura della composizione del governo (tanto più forte quanto più ristretto) che deve reprimere le spinte centrifughe della società ma costituisce esso medesimo un pericolo per la società (*Contr. soc.*, III, 2 e 3; *Framm. pol.* III,8, etc.; cfr. R.D. MASTERS, op. cit., 335 ss.) si contrappone la ideologia del governo ristretto (SAINT-JUST, *Le gouvernement révolutionnaire jusqu'à la paix*, Paris, 1946, 100, in polemica con un progetto di Condorçet, che invece rispecchia sul tema idee rousseuviane).

Sui rapporti fra giacobini e Rousseau cfr. A. SOBOUL, conclusivamente in *J.J.R. et le jacobinisme*, in AA.VV., *Etudes* cit., 424.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dica nel pensiero politico. Proprio invece l'analisi di questa reca conforto a quelle tesi che segnalano un profondo distacco anche di «temperie» spirituale fra le due esperienze ([75]).

Con riferimento al «governo» Rousseau mostra preferenze per un regime «aristocratico»; e ciò è stato talvolta inteso in senso letterale ([76]). Ma le parole non debbono trarre in inganno: in realtà egli indica nell'elezione e nella revoca da parte del corpo popolare sovrano lo strumento indispensabile per assicurare il controllo democratico sull'esecutivo, mentre ritiene perniciosa ogni aristocrazia ereditaria ([77]). L'aristocrazia di Rousseau somiglia dunque, come una goccia d'acqua, ove si abbia riguardo agli istituti proposti e non alle parole adoperate, a quella che noi chiamano «democrazia». La parola «aristocrazia» ricorre probabilmente nel lessico *rousseauviano* per effetto di quel geloso amore verso le tradizioni ginevrine, non ancora sfiorato dai dubbi successivi. Rousseau, delineando gli istituti di un regime cittadino democratico, finisce con il precorrere in qualche modo alcuni profili del moderno regime parlamentare ([78]), mettendo in parentesi le involuzioni veramente aristocratiche che questo regime aveva registrato in Ginevra. Ma tutto ciò è chiaro facendo attenzione ai referenti storici ed alla strumentazione giuridica; non ragionando sul puro concetto di aristocrazia e di democrazia o sull'etimologia delle parole. In certo senso è governo dei migliori anche quello esercitato attraverso le elezioni ed, infatti, nell'esperienza ateniese (suo frequente bersaglio polemico) si ritenevano consoni ad una democrazia istituti come la rotazione degli incarichi, il sorteggio, etc...

([75]) Nel senso di una continuità culturale, al di là di queste differenze, cfr. il pregevole A. ILLUMINATI, op. cit., 29. Cfr. anche VERNES, *La ville* cit., 108.

Nel senso di una profonda distanza spirituale v. G. SALVEMINI, *La rivoluzione francese*, Milano, 1968, 51 ss.

Rousseau ha un forte presentimento di imminenti sconvolgimenti sociali (*Emilio*, L. III; 1, 298 dell'ed. cit.); e, tuttavia, sempre mostra estrema diffidenza verso le rivoluzioni (*Dedica al discorso sull'ineguaglianza*, *Contr. soc.* II, 8) e fiducia invece di una educazione alla democrazia (*Considerazioni sul governo di Polonia*, VI). Per più complete ricerche cfr. M. LAUNAY, *Le vocabulaire politique de J.J.R.*, Genève-Paris, 1977, 209.

([76]) Così il pur pregevole contributo di VERNES, op. cit., 179 ss.

([77]) *Contr. sec.* III, 5, 12, 13, 16, 17, 18.

([78]) Sulle origini del regime parlamentare v. M. GALIZIA, *Carattere del regime parlamentare inglese del settecento*, in *Studi in mem. di C. Esposito*, IV, Padova, 1973, 2371 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. *Il sistema e la metodologia di Marsilio.*

Alcuni autori tendono a sottolineare l'aderenza di Marsilio al pensiero aristotelico ([79]); altri segnalano suggestioni agostiniane ([80]), averroistiche ([81]), nominalistiche ([82]). Tutto ciò si collega anche al famoso soggiorno parigino, alla profonda amicizia con Giovanni di Jandun, all'incontro con l'Ockham.

Il Gewirth, in particolare, avverte il prevalere, nel ragionamento marsiliano, del fattore «causa efficiente» sul fattore «causa finale», onde questo muove da un concetto di «natura umana» scevro di valenze normative ([83]) ed invece nettamente «biologico» o, quanto meno, «psicologico» ([84]). La medesima disciplina medica (di *physicus*) coltivata ed esercitata potrebbe aver influito su questo «taglio» del ragionamento.

Nella ricostruzione del Gewirth, peraltro, si giunge a parlare di un materialismo individualistico di Marsilio, fino a dubitare della coerenza di un'opera che culmina nell'affermazione dell'interesse comune ([85]).

La lettura di un passo dell'opera marsiliana, fino ad ora scarsamente valorizzato, può aiutare a comprendere quanto di vero l'ipotesi gewirthiana contenga e quanto forse anche di eccessivo: «verum quia in rebus que ab humana mente recipiunt complementum, materia forme preexistit in actu, prius loquimur in causa materiali»... (*Def. pac.*, I, VII, 1). La materia, nelle cose umane, esiste indipendentemente dalla finalità, che sopravviene ad opera della mente, la quale della materia appunto si serve per realizzare il progetto compiuto. La materia naturalmente, deve essere suscettibile di ricevere quella certa «forma», ma non contiene in sé il movimento verso il fine, che è esterno e successivo.

([79]) D. QUILLET, *La philosophie politique de Marsile*, Paris, 1970, 51 ss.

([80]) A. GEWIRTH, op. cit., I, 37 ss.

([81]) E. TROILO, *L'averoismo di Marsilio da Padova*, in *Studi per il VI centenario della morte*, 1942, 66.

([82]) Cfr. N.C. PAPADOPULO, *Historia gymnasii patavini*, etc., Venetiis 1726, II, 154 (*in castris nominalium stetit*); v. anche V. GEWIRTH, op. cit., 207.

([83]) Sulle valenze normative della natura umana cfr. invece ARISTOTILE, *Politica*, par. 1253 a, 37 ss.

([84]) A. GEWIRTH, op. cit., 44 ss., 52 ss., 67 ss. Cfr. anche VASOLI, *Introduzione* cit. 18. Sulla professione di *physicus* v. anche GEWIRTH, op. cit., 65.

([85]) A. GEWIRTH, op. cit., 210 ss., 215.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questo luogo marsiliano si collega ad un passo della Metafisica di Aristotile, ove la medesima cosa si sostiene non però con riferimento al diritto ed alla società umana, sibbene con riferimento ad attività umane del tutto eventuali e non necessarie (all'attività dell'artigiano che confeziona una sfera, ad es., etc.) ([86]). Con riferimento a quelle manifestazioni della vita umana che sono necessarie e «naturali» dell'uomo, come la politica, Aristotile mostra invece di ritenere il valore, il fine del tutto aderente alla materia ([87]). Marsilio, dunque, al tempo stesso utilizza una riflessione aristotelica e ne «forza» il significato.

La natura umana di cui si occupa la politica preesiste alle finalità che l'uomo persegue e deve essere analizzata con criteri scevri da elementi teleologici; è natura in senso biologico-psicologico, come appunto rileva il Gewirth. Ma ciò non significa che le finalità non esistono; queste operano attraverso la discrezionalità della mente umana («Alia vero est principatuum institucio, que scilicet ab humana mente immediate provenit, licet a Deo tanquam a causa remota, qui omnem principatum terrenum eciam concedit ... quod tamen non est immediate semper, quinimo ut in pluribus et ubique quasi hos statuit per hominum mentes, quibus talis institucionis concessit arbitrium» ([88])). Di qui anche una certa segnalata storicità delle istituzioni umane ([89]). Ma non si nega, il valore di giustizia cui le menti umane dobbono ispirarsi ([90]).

4.1 *Il concetto di «commune conferens» e l'instrumentario garantistico di Marsilio.*

Tutto ciò rivela all'evidenza come il concetto marsiliano di *commune conferens* non sia equivalente a quello tomistico di *bonum commune*: «for Thomas its basis is a moral «ought»; for Marsilius it is a biological «must» ([91]).

Il *commune conferens* è, appunto, non proprio la somma dei be-

([86]) *Metafisica*, 1032 b.
([87]) V. nota 83 che precede.
([88]) *Def. pac.*, I, IX, 10.
([89]) Cfr. BATTAGLIA, op. cit., 76.
([90]) Cfr. nota 13 che precede.
([91]) A. GEWIRTH, op. cit., 212.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ni individuali, empiricamente dati ma la parte comune di essi. Del resto non potrebbe essere altrimenti, se Marsilio stesso ci avverte che attraverso l'esercizio della sovranità legislativa ciascuno è garantito, essendo escluso che ciascuno persegua consapevolmente il proprio danno ([92]).

Questa identità fra governanti e governati si esprime appunto attraverso una legge che persegua gli interessi comuni, intesi questi come interessi empiricamente dati, e si applichi «universaliter» ovvero a tutti ed a ciascuno.

Siffatto punto di partenza metodologico spiega anche un altro luogo marsiliano di particolare rilievo; quando Marsilio dà conto del complesso rapporto fra esperti e corpo legislativo, affermando che non tutti possono scoprire una legge ma tutti possono controllare se ed in quale misura la proposta risulti adeguata, possono emendarla, etc. ([93]). Anche in questo caso Marsilio utilizza riferimenti aristotelici ([94]) ma ne «forza» in considerevole misura i limiti, perché manca in Aristotile un'affermazione così generale della controllabilità da parte di tutti delle tesi di ciascuno ed anzi nell'etica nicomachea il riferimento alla prudenza sembra escludere un così razionale e puntuale controllo ([95]). Marsilio afferma una regola generale di «dialogo», anche fra esperti e profani, che è il fondamento della moderna democrazia ed ha evidenti radici di «ragion scientifica» ([96]). Questo dialogo è garanzia, se non sempre di verità, certo di minor errore; in un passo, anzi, *averroisticamente*, Marsilio sembra escludere l'errore, perché ciò significherebbe difettosa natura della maggioranza degli uomini ([97]).

([92]) Cfr. nota 11 che precede.

([93]) *Def. pac.*, I, XII, 2 e 5; XIII, 3, 7, 8).

([94]) *Politica*, 1282 a; *Eth. nich*, 1142 b.

([95]) Cfr. anche nel medesimo senso, con diversa argomentazione, A. GEWIRTH, op. cit., 214.

([96]) Cfr. anche *Def. pac.*, I, XIII, 1, 2, 3; *Def. min.* XII, 5 (ove si sottolinea che, attraverso il dibattito, vengono emendati gli errori). Cfr. già INNOC., c. 42 X 1, 67: *quia per plures melius veritas inquiritur*. È appena il caso di ricordare le lettere di GALILEO *Alla Contessa di Lorena sull'autorità della scrittura e la libertà della scienza* ed *All'abate Castelli*; l'orazione di MILTON (*Areopagitica*) che espressamente fa riferimento ad una personale conoscenza di Galileo; il saggio di Stuart MILL, *On liberty*, che queste argomentazioni riprende e sviluppa. Si può ricordare anche quel buon senso egualmente distribuito fra tutti gli uomini cui CARTESIO ci richiama all'inizio del *Discorso sul metodo*.

([97]) *Def. pac.* I, XIII, 2; A. GEWIRTH, op. cit, 208-9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Marsilio, peraltro, elabora la sua dottrina nell'ambito di una certa società di tipo corporativo e cioè di un sistema fortemente articolato nelle sue strutture sociali. Tutti debbono partecipare al potere, anche quei ceti artigiani che costituivano una delle forze portanti del comune medioevale ed invece erano emarginati nella città greca ([98]), anche i ceti contadini (e qui Marsilio si discosta da pratiche discriminatorie molto diffuse nelle città italiane ([99]); ma nelle giuste proporzioni. Interviene a questo punto l'istituto della c.d. «valentior pars quantitate et qualitate personarum», che è uno dei punti centrali del sistema marsiliano.

Senza pretendere di ripercorrere la storia del problema, ci sembrano decisivi i rilievi del Gewirth ([100]) sul tema, perché muovono da una valutazione complessiva dell'opera dell'autore patavino. L'espressione «*valentior pars quantitate et qualitate personarum*» ricorre, innanzi tutto, anche in un altro passo la cui dizione non presenta varianti e dubbi ([101]). Marsilio inoltre critica la democrazia come regime in cui ciascuno partecipa al di fuori delle giuste proporzioni ([102]); ribadisce il suo ideale di partecipazione *secundum gradum suum* ([103]); fa riferimento agli onorevoli costumi delle nostre città ([104]). Più volte considera la *valentior pars* come ripiego rispetto all'unanimità, ripiego reso necessario dalla cecità di pochi ([105]), che non può però precludere il conseguimento dell'interesse comune. Per Marsilio, in definitiva, la *valentior pars* è la quasi unanimità, cui partecipano tutti i ceti sociali rilevanti; è una versione, a livello co-

---

([98]) Cfr. ARISTOTILE, Politica, 1329 a.

([99]) Cfr., ad es., G. SALVEMINI, *Magnati e popolani in Firenze dal 1280 al 1295*, ora Milano, 1966, 27 ss.

([100]) op. cit., I, 182 ss.

([101]) *Def. pac.*, II, XX, 2; diversamente per *Def. pac.*, I, XII, 3.

([102]) *Def. pac.*, I, VIII, 3.

([103]) *Def. pac.*, I, XII, 4.

([104]) I, XII, 4; sulle maggioranze qualificate negli statuti di Padova cfr. A. GEWIRTH, op. cit., 196.

L'interpretazione indicata sembra ora generalmente accolta: cfr. A. RAUSCH, *Marsilius von Padua*, in *Klassischer des politischen Denkens*, I, München, 1968, 189; W. STURNER, *Die Gesellschaftsstruktur und ihre Begründung in Johannes von Salisbury, Thomas von Aquino, Marsilius von Padua* in *Misc. medievalia*, I, Berlin-New York, 1979, 176, etc.

Cfr. anche I, XII, 5; I, XII, 8; I, XIII, 1, 2, 3.

([105]) Cfr. I, XII, 5,8; XIII, 1, 2, 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

munale, del principio del *quod omnes tangit* ([106]), con tutte le sue valenze quasi-contrattuali.

Del tutto esteriormente il meccanismo marsiliano può presentare analogie con quello canonistico della *sanior pars*; e tuttavia quest'ultimo muove da diversi presupposti che poi si collegano all'ipotesi di un'autorità superiore di controllo ed all'esigenza profonda di valorizzazione dei migliori ([107]) piuttosto che ad un procedimento di decisione per compromesso.

Il meccanismo marsiliano è adeguato ad un comune in cui le corporazioni, nella loro complessa varietà, acquistano sempre maggior rilievo (dapprima indirettamente, attraverso la ripartizione in quartieri e di poi anche direttamente) ([108]).

La democrazia corporativa di Marsilio ripete costantemente le strutture sociali di partenza nella formazione della legge.

4.2 *Sistema e metodologia di Rousseau.*

Rousseau, si è visto, ammette virtualità insite nella natura umana che la vicenda storico-sociale induce ad esprimersi ([109]). Con la società nasce l'uomo morale, la naturale «virtù» ([110]). Una volta instaurata la società, insieme con il valore, la virtù nasce, però, anche la sua possibile negazione, avendo entrambi radice nella libertà morale; accanto all'amor di sé nasce l'amore proprio ed il modo d'essere di ciascuno subisce l'influenza dell'opinione degli altri ([111]). Il progresso a questo punto non è necessario; ogni mutamento comporta anzi vantaggi e svantaggi ([112]).

Negli studi più recenti si tende a leggere, in controluce, nel siste-

---

([106]) Cfr. nota 7 e nota 31 che precedono. V. A. MARONGIU, *Dottrine ed istituzioni medioevali e moderne*, Milano, 1979, 129.

([107]) Cfr. P. GROSSI, *Unanimitas*, in *Annali di Storia del dir.*, II, 1958, 323, 330.

([108]) Cfr. F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medioevale*, Milano, 1949, passim; U. NICOLINI, *L'ordinamento giuridico del comune medioevale*, in *Jus* 1968, 11 ss.

([109]) V. nota 20 che precede.

([110]) V. nota 20 che precede.

([111]) Cfr. nota 20 che precede.

([112]) Cfr. *Emilio*, L. IV (II, 149j, nell'ed. cit.). Con ciò Rousseau viene a contrastare uno degli assiomi dell'Illuminismo: cfr. B. BACZO, *Rousseau* cit., 106 ss.; A.M. REVEDIN, *Politica* cit., 25 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ma rousseauviano una struttura dialettica (amor di sé — volontà od interesse di tutti, volontà generale od interesse comune, etc.) ([113]). Come è stato osservato, però, l'antitesi in Rousseau non tocca il cuore della tesi, non lo mette in discussione e non ne comporta quindi un superamento nell'atto della sintesi ([114]). La conclusione del processo in qualche modo invece riafferma il termine iniziale ([115]). Ciò perché Rousseau muove pur sempre dall'ipotesi di una natura umana immutabile ([116]), che può esser contraddetta ma anche liberamente reinteriorizzata (e dietro le forme esteriori della dialettica riemerge la dicotomia cristiana fra bene morale e sua negazione) ([117]), ma non davvero superata. Correlativamente a ciò Rousseau non ipotizza un impulso radicale ed originario al mutamento ([118]); l'uomo realizza le sue virtualità anche in via del tutto eventuale ([119]). Si ha talvolta l'impressione del coesistere, in Rousseau, di due dialettiche ([120]); ciò perché la dialettica rousseauviana una prima volta si sviluppa nella realizzazione di virtualità in origine inespresse ([121]) ed in seguito non è che mediazione fra esigenze contrapposte. Ma anche la prima forma di dialettica non è veramente di tipo «idealistico» perché altra cosa è l'attuazione di una virtualità ed altra lo sviluppo irriducibile di un'idea.

Se così è, come sembra, la sintesi rousseauviana non è che una sorta di mediazione, una strumentazione, un espediente per favorire, a livello sociale, il prevalere dei valori positivi; in questo quadro finiscono con l'essere naturalmente rivalutate le ricorrenti metafore matematiche, pur talvolta ritenute pleonastiche ([122]). Costituiscono il

([113]) L'osservazione risale a F. ENGELS (*Anti-Dühring*, I, 13). Più di recente cfr. B. BACZO, *Rousseau* cit., 35, 77, 103 ss. (ritmo ternario); A.M. REVEDIN, *Politica* cit., 39 ss., F. GILLIARD, *Etat de nature et liberté dans la pensée del J.J.R.*, in AA.VV., *Etudes* cit., spec. 116-17; J. DEHASSY, *La dialectique de le souverain liberté dans le contrat social*, ivi, 119 ss.; J.L. CHÉDIN, *La dialectique à l'oeuvre chez J.J.R.*, in *Les etudes philosophiques* 1978, 405 ss.; P. PASQUALUCCI, *Rousseau e Kant* cit., Milano, 1974, 138 ss.

([114]) Cfr. CHÉDIN, op. cit., 419-20.

([115]) CHÉDIN, op. cit., 415-16.

([116]) Così BACZO, *Rousseau*, cit., 87.

([117]) CHÉDIN, op. cit., 421, 425, 426, 427.

([118]) CHÉDIN, op. cit., 409, 410.

([119]) Sul *funeste hazard* (o sulla felice ventura) che ha dato luogo al vivere civile cfr. note 20, 27 che precedono.

([120]) CHÉDIN, op. cit., 421.

([121]) Cfr. DERATHÉ cit. alla nota 20 che precede.

([122]) V.M. FRANÇON, *Le language mathématique de R.*, in *Isis* 1949, 341-44, M.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tentativo di definire in termini esatti la strumentazione di contemperamento fra diversi interessi, diverse spinte sociali in giuoco, non frutto inevitabile di queste medesime ma dell'intelligente sforzo di incanalarle al fine migliore (e dette metafore assumono i caratteri, dunque, non della legge fisica ma piuttosto, come è stato detto ([123]), del ritrovato tecnologico).

Per Rousseau la democrazia non è il risultato necessario dello sviluppo storico; è un evento estremamente problematico e di difficile realizzazione ([124]); di qui il «realismo» della sua dottrina ([125]). La democrazia è attuabile solo in presenza di certe condizioni sociali e con l'impiego di certi strumenti istituzionali; nell'ambito infine di una certa educazione.

4.2.1. *Concetto di volonté générale, di intérêt commun e strumentazione garantistica di Rousseau.*

Rousseau definisce la volontà generale come volontà che persegue l'interesse comune e l'interesse comune viene inteso come parte comune degli interessi di tutti ([126]). Di fronte a queste esplicite definizioni risultano difficilmente comprensibili quelle ipotesi ricostruttive che questo interesse e questa volontà definiscono in termini tali da trascendere gli interessi e le volontà individuali ([127]), se non nell'ottica di un impiego di strumenti idealistici che abbiamo visto essere inappropriato ([128]).

LAUNAY, *L'art de l'ecrivain dans le contrat social*, in M. LAUNAY, *J.J. Rousseau et son temps*, Paris, 1969, spec. 134 ss.

([123]) Così R.D. MASTERS, *Rousseau* cit., 287, che distingue l'uso «tecnologico» della matematica in Rousseau dall'uso «fisico» in Hobbes (coerentemente ai postulati non materialistici del primo e materialistici del secondo).

([124]) Cfr. *Contr. soc.*, L. IIII, 4 (in un'accezione però specifica); *Framm.* pol. III, 17; *Considerazioni sul governo di Polonia*, I. Cfr. anche P.M. VERNES, *La ville* cit., 166 ss.

([125]) Così A. ILLUMINATI, op. cit., 73; B. BACZO, op. cit., 102.

([126]) Cfr. nota 67 che precede. V. anche nota 10.

([127]) In questo senso principalmente VAUGHAN, introduzione cit. V. anche GROPPALI (op. cit. alla nota 1).

([128]) Il medesimo HEGEL (*Lezioni sulla storia della filosofia*, Firenze, 1944, III, 2, 259 ss.) mostra di non riconoscere questa paternità considerando la volontà generale, in quanto pur sempre composta di volontà individuali, falsamente universale.

Altro teorico non individualista come il DURKEIM definisce la volontà generale rou-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È pur vero che Rousseau ipotizza un «moi commun» ([129]) come soggetto d'imputazione dell'interesse comune; ma ciò nell'ambito della consueta metafora organicistica che vuol significare, da un lato, l'irriducibilità del vivere sociale alla mera somma degli individui e, dall'altro, l'altrettanto irriducibile intrinsechezza di ciascun singolo individuo e della garanzia dei suoi interessi, in misura eguale e comune, con il complessivo ordinamento sociale. L'ordinamento sociale è un insieme che consiste nel complessivo ordinamento dei suoi componenti, ma non li trascende anzi vive in essi ([130]).

Questa lettura in termini hegeliani di Rousseau conduce a parificare Rousseau ad Hobbes ([131]), fino anche a dubitare della sincerità dell'atteggiamento costantemente antagonistico che Rousseau assume nei confronti del pensatore inglese ([132]). È forse più prudente dubitare, innanzi tutto, di una ricostruzione che disattende esplicite definizioni date da Rousseau dei concetti in esame, elude esplicite prese di posizione del pensatore ginevrino, procede attraverso l'impiego di strumenti logici di cui questi non ebbe di certo piena consapevolezza e che, probabilmente, come si è visto, sono anche inappropriati.

La garanzia dell'interesse comune è assicurata dalla legge di contenuto universale, applicabile a tutti, eguale ([133]). In un solo passo della sua opera Rousseau accenna ad un'eguaglianza che è generalità ma non universalità ([134]). Si tratta peraltro di normazione

---

sseauviana come «la moyenne de toutes les volontés individuelles» (cfr. in M. HALBWACHS, op. cit., 151).

([129]) *Contr. soc.* I, 6. Sul tema v. L.G. CROCKER, *Il contratto* cit.,133.

([130]) Cfr. note 4 e 12. Nella voce *Econom. pol.* Rousseau aveva avvertito che una sola palese ingiustizia ferisce a morte l'intero organismo sociale e rompe il patto onde è nato.

([131]) Cfr. JELLINEK cit. nella nota 2.

([132]) Così M. DAVY, *Le corps politique selon le contrat social de J.J.R.*, in AA.VV., *Etudes* cit., 65 ss.

([133]) *Contr. soc.* II, 4 (ce qui généralise la volonté est moins le nombre des voix que l'intérêt commun qui les unit). Cfr. anche note 10, 67, 128.

Cfr. VERNES, *La ville*, cit., 160; S. GAMBINO, *Sistema delle fonti e controllo di costituzionalità - il caso francese*, Torino, 1988, 22 (nota).

([134]) Cfr. *Contr. soc.*, II, 6. Sul punto v. C. EISEMANN, *La citè de J.J.R.*, in *Etudes* cit., 200 ss. In genere vedi nota 9 che precede. Cfr. anche J. DEHASSY, *La dialectique* cit., 133; VERNES, *La ville* cit., 208; E. GRIFFIN COLLART, *L'egalité condition de l'harmonie sociale pour J.J.R.*, in AA.VV., *L'egalité*, I, Bruxelles, 1971, 266.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sul «governo» che inevitabilmente assume una generalità ridotta ([135]).

Il popolo può anche deliberare a maggioranza, ma il fatto che la legge sia di contenuto universale (si applichi a tutti ed a ciascuno) garantisce il perseguimento dell'interesse comune e costituisce garanzia per tutti, perché nessuno consapevolmente vuole il proprio danno ([136]).

L'interesse comune d'altra parte è suscettibile di individuazione in astratto esatta; ed in questo senso la volontà generale, in principio rivolta alla cura di questo interesse, *per essentiam* non può errare; possono errare gli uomini che questa volontà esprimono ([137]). Ad evitare, nei limiti del possibile, ciò si consiglia l'impiego di esperti, privi peraltro di potere ([138]).

L'intero sistema di garanzia rousseauviano può funzionare però solo a condizione che la società sia sufficientemente omogenea, che nessuno dipenda dagli altri per la propria vita e nessuno possa imporre agli altri alcunché ([139]). In una società eterogenea la pressione degli interessi particolari diviene incompatibile con il quadro istituzionale delineato, almeno quando qualcuno di questi interessi particolari sia troppo forte ([140]). E quando gli interessi di una parte della società prevalgono su quelli comuni le pene divengono tanto feroci quanto inutili ([141]). La stessa universalità non si saprebbe invero concepire come carattere immancabile della legge in una società eterogenea né la norma universale verrebbe a cogliere interessi necessariamente comuni.

Nella democrazia l'uomo ritrova se stesso, la sua natura attraverso la virtù ([142]); ciò peraltro al prezzo di una «drastica» riduzione dei suoi desideri reali alla misura comune, perché una volta entrato

---

([135]) La legislazione sul governo configura secondo Rosseau un regime di préférence: cfr. VERNES, *La ville*, 142 ss.

([136]) Cfr. note 10, 67, 128, 133. V. anche note 35, 36, 37.

([137]) Così espressamente *Contr. soc.*, II, 3 e 6.

([138]) *Contr. soc.*, II, 7.

([139]) *Contr. soc.* II, 11. Questa indipendenza di ciascun individuo dagli altri è uno dei profili della libertà rousseaviana: cfr. CHAPMAN, *Rousseau* cit., 38. Vero è che Rousseau, con evidente suggestione platonica, riferisce poi la schiavitù anche al tiranno, a chi esercita un potere arbitrario sugli altri.

([140]) Sul punto è chiara la voce *Econom. pol.*

([141]) *Contr. soc.* II, 5; *Framm. pol.* IV, 23 (tutto è perduto senza speranza se una volta si è costretti a ricorrere alla forca).

([142]) R. DERATHÉ, *L'homme selon R.*, in AA.VV., *Etudes* cit., 214.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella storia questa virtù è sempre problematica e, dunque, richiede condizioni per essere preservata. Oltre a quelle istituzionali e sociali, di cui si è detto, Rousseau accenna al valore delle feste civili, in cui si consumano, in un momento di gioia collettiva, i cattivi umori dell'amor proprio ([143]) ed al valore dell'educazione.

Di qui il ricorrente sospetto verso le scienze e le arti, ove almeno esercitate nella frivola gara della società ([144]); il sospetto verso le società intermedie, almeno quando siano poche e potenti (e non molte e piccole) ([145]), l'attenzione verso i valori sociali della religione ([146]); di qui anche, innegabilmente, un senso talvolta di ingerenza eccessiva e non sopportabile della collettività nella vita dell'individuo.

Possiamo preferire, personalmente, il modello, il percorso di vita individualistica e libera delineato nell'Emilio ([147]) ma Rousseau ritiene quel modello un ripiego, utilmente praticabile solo ove non sia percorribile la via di una convivenza civile piena.

Non si può, d'altra parte, dimenticare che istituti come la censura non sarebbero compatibili con la moderna garanzia della *privacy* e che nell'Atene di Trasibulo Socrate fu condannato a morte per un reato d'opinione; senza che tutto ciò impedisca di ricondurre l'esperienza ateniese e romana ad una qualche problematica di libertà e di democrazia e non di totalitarismo.

5. *Analogie e differenze fra meccanismo procedurale di garanzia di Marsilio e di Rousseau correlate alle analogie e differenze dei referenti storici, sociali, culturali dei due autori; «la via agricola alla democrazia».*

Il meccanismo procedurale di garanzia che sostituisce la tutela

---

([143]) Principalmente nella famosa *Lettera al D'Alembert*.Cfr.VERNES, *La ville* cit., 67 ss.

([144]) *Discorso sulle scienze e le arti*; *Prefazione al Narciso*; *Lettera al D'Alembert*, etc. Bisogna supporre che, come Platone, anche Rousseau infine distingua fra uso «buono» dell'arte ed uso «perverso»: cfr. G. CERRI, *Analisi psico-sociale del mito e della poesia nella Repubblica di Platone: una pagina troppo spesso fraintesa*, in AA.VV., *Poetica e politica fra Platone ed Aristotile*, Napoli, 1987, 65 ss.

([145]) V. nota 38 che precede.

([146]) V. nota 16 che precede.

([147]) In questo senso T. TODOROV, *Una fragile felicità*, trad. it., Bologna, 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei diritti naturali è, in Rousseau e Marsilio, dunque, largamente comune. Esso si fonda sull'identità fra governanti e governanti, sull'universalità della legge, sul perseguimento dell'interesse comune come interesse di tutti e di ciascuno (o parte comune dell'interesse di tutti), sulla distinzione fra legislatore ed esecutore (che in Rousseau assume maggiore accentuazione).

Rousseau ipotizza, oltre a tutto ciò, l'ulteriore condizione di un'omogeneità sociale di partenza. Marsilio prende atto della eterogeneità sociale del comune italiano medioevale ed ipotizza una sorta di maggioranza qualificata per qualità e quantità. Al quasi-contrattualismo fra ceti che deriva da tutto ciò ([148]) fa riscontro il quasi-contrattualismo fra individui e collettività della legge rousseauviana ([149]), che continua ed invera il contratto sociale.

La legislazione è per entrambi universale e rarefatta (e ciò contribuisce ad escludere l'idea di un potere onnipresente).

Entrambi gli autori si distaccano dalla tradizione medioevale del potere limitato, che trova espressioni sia nel pensiero giuridico ([150]) sia in quello filosofico-politico ([151]), il quale ultimo si mostra talvolta consapevole del primo ([152]).

Ciò in Rousseau è ancora più accentuato non ammettendosi nel suo pensiero una giuridicità pre-statuale ([153]).

E tuttavia Marsilio e Rousseau inseriscono il limite all'interno del procedimento di formazione della legge e della sua attuazione; nonché nella struttura medesima della norma giuridica.

La differenza fra Marsilio e Rousseau è che il primo esprime i problemi del complesso comune italiano e cerca un punto di conciliazione fra realtà corporative in perenne contrasto, mentre il secondo esprime la realtà delle democrazie cittadine svizzere, fondata su di una base «agricola» più omogenea. Rousseau appunto è il teorico

---

([148]) V. supra note 31-33. Cfr. A. MARONGIU, Dottrine cit., 99, 189; IDEM, Il Parlamento, Milano, 1962, 506 ss.

([149]) *Contr. soc.*, II, 4: «Qu'est-ce donc prorement qu'un acte de souvereinité? Ce n'est pas une convention du supérieur avec l'inférieur, mais une convention du corps avec chacun de ses membes».

([150]) Cfr. C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo* cit., 76 ss.

([151]) Cfr. OCKHAM, *Dialogus*, III, II, XXVI.

([152]) LOCKE, *Second Treatise, cap. XIX, 239* che contrappone le dottrine di Bracton e Fortscue, non certo eversive, alle pretese dell'assolutimo regio.

([153]) Cfr. nota 23 che precede.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di quella «via agricola» alla democrazia, sovente trascurata eppure non priva di esempi illustri ([154]) che, insieme con la via «militare» ([155]) si pone accanto alla più nota e rilevante via mercantile od industriale ([156]).

La realtà svizzera è appunto la matrice segreta, pur se non sempre adeguatamente valorizzata, del pensiero rousseauviano. È una realtà che Rousseau coglie nei suoi aspetti tradizionali e risalenti, consegnata nella cultura del «ceto» cui egli stesso appartiene e che di questa democrazia è stato l'artefice e l'interprete, senza vederne o vedendone in ritardo gli sviluppi finanziari ed oligarchici. In Rousseau inoltre è presente l'influenza di una cultura individualistica sorta in seguito (attraverso le opere di Machiavelli, Hobbes, Locke, etc.).

Entrambi i pensatori mostrano un'acuta consapevolezza delle basi sociali di un potere democratico (in generale e con riferimento a questi specifici contesti) e delle forme giuridiche necessarie per esercitare e conservare quella.

L'esperienza storica delle libere *civitates* di origine medioevale, colta sia pure in contesti ed in epoche diverse, cui entrambi fanno riferimento spiega, oltre alle possibili influenze indirette, certe impressionanti analogie fra pensiero marsiliano e rousseauviano. Entrambi gli autori di queste esperienze preparano anche il superamento.

Entrambi i loro modelli sono statici; ripetono costantemente la base sociale di partenza.

([154]) A prescindere dai primi secoli della Roma repubblicana, l'esempio principale è proprio quello della Svizzera delle origini. Per la Danimarca cfr. M. JARVAD, *The constitutional basis for and the limitations to social-democratic-radical-liberal welfare state in Denmark*, par. 5 - research report n. 2/1983 - *Institut of economics and planning*. Nell'ambito di un'ipotesi di democrazia agricola muove anche il pensiero del padre dei liberals americani, di Thomas Jefferson.

([155]) Sulla democrazia militare cfr. F. ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata, dello Stato*, cap. IX. Ciò corrisponde agli istituti degli antichi Germani descrittici da Cesare e Tacito, da cui alcuni storici ritengono possano in qualche modo derivare anche i parlamenti moderni. Altri esempi possono trarsi dalle opere etnologiche di HOEBEL (gli cheyennes, ad es.) o storico-linguistiche del DEVOTO (gli antichi italici, ad es.).

([156]) Sul tema è da tener presente l'opera di Barrington MOORE, *Le basi sociali della dittatura e della democrazia*, trad. it., Torino e L. PELLICANI, *Saggio sulla genesi del capitalismo. Alle origini della modernità*, Milano, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. *Il comune carattere «chiuso» della democrazia rousseauviana e marsiliana.*

Tutto ciò spiega anche il carattere estremamente «chiuso» dei modelli democratici proposti. La democrazia della *civitas* medioevale è una «democrazia che si difende» ma, non come alcune democrazie moderne, contro i nemici della libertà, sibbene proprio contro i possibili avversari del potere della *civitas* e dei principi su cui si regge. Il moderno «paradosso della libertà» è specularmente corrispondente al «paradosso della democrazia» riscontrabile in questi contesti.

Una democrazia «si difende» via via che, almeno con riferimento ad un certo ordine di beni, «anticipa» la tutela, la repressione dei fatti incompatibili: è democrazia del tutto aperta quella che reprime solo l'atto materialmente contrario agli interessi tutelati; lo diviene sempre meno quando passa dalla repressione dell'atto lesivo alla repressione delle fattispecie di pericolo, dal pericolo accertato di volta in volta in concreto (e qui si colloca la teoria del *clear and present danger* dei giudici Holmes e Brandeis e poi della Suprema Corte Americana, che è dottrina moderatamente aperta), al pericolo presunto per legge, dal pericolo presunto per legge con valutazione ragionevole al pericolo presunto per legge con eccesso di cautela, etc. [157].

Il Ruffini osserva che solo una sfumatura divide certi principi marsiliani di difesa della società contro l'eresia da quelli moderni di limite alle libertà per ragioni di ordine pubblico [158]; sono le sfumature che separano i gradi intermedi lungo la scala che divide e congiunge democrazia aperta e democrazia chiusa.

Ma la democrazia chiusa non è totalitarismo; l'uomo pur costretto entro i limiti di leggi rigorose è ancora un uomo libero e genuino [159], non è l'uomo costruito dal sistema. L'uomo è portatore di pretese e diritti, anche se a carattere prevalentemente procedurale, e non è mera variabile dipendente dall'interesse generale; violare anche in un solo individuo questi diritti significa distruggere le basi del siste-

---

[157] Cfr. A. CERRI, voce *Ordine pubblico (dir. cost.)*, di imminente pubblicaz. in *Enc. giur.* Treccani.

[158] F. RUFFINI, *La libertà religiosa* cit., 31.

[159] Cfr. nota 142 che precede.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ma. L'interesse perseguito è quello comune a tutti ed a ciascuno non quello imperscrutabile della nazione; e ciò vuol dire che tutti e ciascuno ritrovano se stessi in ogni singolo atto del potere pubblico; e che questo non può arbitrariamente limitare la libertà dell'uomo ma a sua volta è limitato a pochi oggetti di pubblica *utilitas*.

Ciò in Rousseau assume le forme gioiose e profonde della riscoperta della vera vocazione morale, dei primi movimenti della natura, sempre buoni, dell'amor di sé pur ormai in perenne conflitto con la sua negazione.

Certo, la lezione di Marsilio e Rousseau è, per alcuni aspetti ancora viva, per l'acuta consapevolezza delle condizioni sociali della democrazia, per la coerenza fra strumenti giuridici, ipotesi filosofiche e valutazioni del reale, per l'attualità di non poche intuizioni istituzionali (la preminenza, ad es., del principio di sovranità popolare, che non coincide di necessità con quello della maggioranza semplice, ed, insieme, la necessaria articolazione dei modi di esercizio del potere, etc.); per altri profili tuttavia appare superata. E ciò non solo perché le condizioni economico-sociali del mondo contemporaneo non sono quelle delle realtà di riferimento delle teorie analizzate. Forse anche perché le democrazie contemporanee si avviano tutte, in qualche modo, a divenire «democrazie aperte», almeno da quando non avvertono più un reale pericolo per la loro esistenza. Uno stato di generale tranquillità consente di superare su questo punto la tradizionale divaricazione tra «falchi» e «colombe» (anche se gli obbiettivi difesi dai «falchi» contemporanei sono diversi e, per alcuni profili, anche opposti a quelli difesi dalle «chiuse» democrazie cittandine).

In questo contesto molte restrinzioni scritte nelle pagine di Marsilio e Rousseau appaiono veramente fuori della realtà. Nasce l'ambizione di poter conciliare (come ben vede il Todorov) l'Emilio con il contratto sociale, il pieno sviluppo dell'uomo con i limiti (e le virtù che di questi limiti sono l'interiorizzazione) che una convivenza democratica impone. E la meta, invero, giustifica il rischio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIUSEPPE DUSO

LA RAPPRESENTANZA POLITICA E LA SUA STRUTTURA SPECULATIVA NEL PENSIERO HEGELIANO(*)

Un'analisi delle linee teoriche di sviluppo della scienza politica moderna, che sta alla base della successiva dottrina dello Stato, mostra come il concetto di «rappresentanza politica» non sia riducibile a quella situazione «democratica» in cui i membri dell'assemblea legislativa ottengono il mandato mediante l'elezione popolare, cioè alla lunga via di uscita dall'assolutismo (1). Al contrario

(*) Il presente saggio riprende e amplia una parte della lezione tenuta presso l'Università di Würzburg su «*Der Begriff der Repräsentation bei Hegel und das moderne Problem der politischen Einheit*», che sarà pubblicata nei «*Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie*», editi da H. Hofmann, V. Weber e E.M. Weinz.

(1) Per una riflessione sulla problematica teoretica concernente il concetto di rappresentazione, che qui è tenuta presente, rimando al mio *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, Milano, 1988, spec. al cap. I; a questo libro rimando anche per la discussione della bibliografia e per le analisi storiografiche sulle posizioni del '900 significative a questo proposito. Come è noto il punto focale della riflessione su questo tema si situa in Germania negli anni Venti, soprattutto ad opera di C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928 (trad. it., *Dottrina della costituzione*, di A. Caracciolo, Milano, 1984), — ma già precedentemente, *Römischer Katholizismus und politische Form*, München, 1923 (trad. it., *Cattolicesimo romano e forma politica*, a cura di C. Galli, Milano, 1986) — e G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats - und Verfassungslehre*, Berlin und Leipzig, 1929 (si veda ora la trad. it. della III ed. ampliata, *La rappresentazione nella democrazia* a cura di S. Forti, Milano, 1989). Si vedano anche i saggi raccolti in H. RAUSCH (Hrsg.), *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung*, Darmstadt, 1968. Della copiosa bibliografia sul tema si tenga presente almeno H.F. PITKIN, *The Concept of Representation*, Berkeley-Los Angeles, 1967; A. PODLECH, *Repräsentation*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, Stuttgart, 1985; *Der moderne Parlamentarismus und seine Grundlage in der ständischen Repräsentation*, hrsg. K. Bosl, Berlin, 1977; W. MANTL, *Repräsentation und Identität*, Wien, 1975; V. HARTMANN, *Repräsentation in der poli-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo concetto appare incardinato nel modo giusnaturalistico — tutto moderno — di fondare razionalmente il potere politico, descrivendone la genesi, al di là di ogni presupposto, sia storico che teorico.

Nel filone di pensiero giusnaturalistico paradossalmente l'idea della mostruosità dell'affermazione teorica di una lunga tradizione di filosofia pratica, secondo la quale è «per natura» che ci siano coloro che governano e coloro che obbediscono, e dunque la convinzione che gli uomini siano uguali e dotati di diritti naturali, in quanto *individui*, è esattamente la base per la costruzione del monopolio della forza fisica e di un potere politico irresistibile, quale prima era impensabile (2). In questo punto teorico della nascita del potere politico, fondato su tutti gli individui, e perciò indipendente da ognuno di loro, si situa il concetto di rappresentanza o rappresentazione (per usare il linguaggio stesso utilizzato in questo contesto) (3), che risulta strettamente legato, da un punto di vista logico a quello dell'unità

---

tischen Theorie und Staatslehre in Deutschland, Berlin, 1979. Per quanto riguarda la ricostruzione della storia del concetto e del termine, nonché delle diverse tradizioni teologiche, giuridiche, filosofiche che in essa sono confluite, è indispensabile l'ampio e acuto lavoro di H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, 1974, che è qui e nei miei lavori su questa tematica tenuto costantemente presente. Anche in Italia la discussione sulla rappresentanza politica si è intensificata negli ultimi anni. Si veda, in particolare per l'attenzione al dibattito tedesco e alla problematica in esso emersa, P. PASQUINO, *La rappresentanza politica. Progetto per una ricerca*, «Quaderni piacentini», 12 (1984), pp. 68-86; *La rappresentanza politica*, Bologna, 1985, soprattutto i saggi di C. GALLI, *Immagine e rappresentanza politica. Ipotesi introduttiva*, di G. MIGLIO, *Le trasformazioni del concetto di rappresentanza*, di P. SCHIERA, *La rappresentanza della scienza nella Germania dell'Ottocento*; inoltre, *La rappresentanza politica*, a cura di D. Fisichella, Milano, 1983; per l'aspetto più teoretico «Il Centauro», n. 15, 1985; e infine «Filosofia politica», n. 1, 1987 e P. CAPPELLINI, *Rappresentanza-diritto intermedio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII (1987), pp. 435-463.

(2) Sul filo rosso della rappresentazione nel giusnaturalismo, rimando alla mia Introduzione, *Patto sociale e forma politica*, in G. DUSO (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Bologna, 1987.

(3) Uso i termini di rappresentanza politica e di rappresentazione come sinonimi, in riferimento al termine tedesco *Repräsentation* che è usato da Hegel, così come da Kant e da Fichte. Il termine «rappresentazione» ha inoltre il vantaggio di esprimere gli aspetti produttivi, generatori di forma, che sono propri della rappresentanza politica (diversamente da quella di diritto privato) e restano occultati nell'uso consuetudinario del termine «rappresentanza» (a giustificazione di ciò rinvio al testo su *La rappresentanza* sopra citato).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del corpo politico e della sua sovranità. Il concetto di rappresentanza appare in questa vicenda teorica strategico per pensare la sovranità in un modo nuovo, caratterizzato dall'assolutezza. Allora in questo contesto la rappresentanza nasce proprio connaturata all'elemento assolutistico del potere, e non ne è un correttivo od un rovesciamento.

All'interno di una storia del concetto di rappresentanza non si può certo collocarne la nascita nel Seicento; tuttavia si può riconoscere che con la nascita della moderna scienza politica si assiste ad uno scarto radicale di impostazione teorica, che produce nel concetto un significato nuovo che non si può estendere a un periodo precedente (4). La denuncia hobbesiana della naturalità del governo dell'uomo sull'uomo e di ogni forma di associazione che tale rapporto comporti, lo spinge allo sforzo teorico di deduzione dell'unica società giusta e razionale, di quella «persona civile», che con la forza che la caratterizza difende gli individui dai soprusi dei più forti sui più deboli. La volontà di questa persona — chè di *una persona* si tratta e non di una qualche forma di unificazione di diverse volontà (5) — non può essere la volontà di qualcuno, che per sua virtù e per sua natura comandi sugli altri, né può dipendere dalla somma delle volontà individuali, ma prende forma mediante il volere e l'agire di qualcuno che non agisce di per sé, ma *per tutto* il corpo politico: agisce cioè *rappresentativamente*, ed è autorità perché è stato autorizzato.

In questa funzione rappresentativa abbiamo congiunti i due elementi di assolutezza e di *rimando ad altro*, cioè alla totalità del corpo politico. Se è vero che è la decisione del sovrano che sola dà forma alla volontà di tutto il corpo politico, è anche vero che il sovrano non agisce in proprio, ma è semplice maschera, attore che agisce per gli autori. Nello sviluppo successivo delle dottrine giusnaturalistiche, soprattutto in ambito tedesco, è denunciata l'immediata identifica-

(4) Sul rapporto rappresentazione-sovranità in Hobbes, e sullo scarto nei confronti della tradizione precedente, cfr. HOFMANN, *Repräsentation* cit., pp. 382-392. Sulla rappresentazione in Hobbes si veda soprattutto A. BIRAL, *Hobbes: la società senza governo*, in *Il contratto sociale nella filosofia politica* cit., pp. 51-108, e H. Pitkin, *Hobbe's Concept of Representation*, «The American Political Science Review», 58 (1964), pp. 328-340 e pp. 902-918, e Y-Ch. ZARKA, *Personne civile et representation politique chez Hobbes*, «Archives de Philosophie», 48 (1985), pp. 287-310; inoltre, per il moderno Stato rappresentativo, il bel lavoro di L. JAUME, *Hobbes et l'état représentatif moderne*, Paris, 1986.

(5) Cfr. T. HOBBES, *Leviatano*, trad. it. G. Micheli, Firenze, 1976, p. 167.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione della volontà comune con quella della persona naturale del sovrano, e il rappresentante è considerato tale in rapporto all'unico sovrano che non può essere che la totalità del popolo. In questa posizione, ravvisabile nel pensiero di Kant e di Fichte, non si può non scorgere l'influenza di Rousseau, e non accorgersi del modo in cui si modifica il senso della razionalità della volontà comune. Qui, dove il diritto non coincide con il comando del sovrano, ma è precedente e giustifica la stessa esistenza dello Stato, la razionalità della rappresentazione non si limita al suo semplice ed immediato darsi, alla sua natura formale, ma comporta il rimando a quella razionalità che deve informare la volontà comune e che si esprime nello spazio della riflessione filosofica e del giudizio: nel rapporto tra il pensatore, il filosofo che esercita la ragione, e il suo pubblico. Perciò viene in primo piano la funzione critica della pubblica opinione e si cerca di affrontare il problema della limitazione dell'assolutezza del comando e del potere, tentando di conferire un senso reale a quella *responsabilità* che è propria del rappresentante a causa della sua stessa funzione, e collocando in termini costituzionali la funzione del controllo, con una apertura anche nei confronti della giusta rivoluzione.

Ciononostante in Kant la dialettica critica rimane nello spazio del giudizio ([6]) e non modifica la struttura costituzionale, e in Fichte il tentativo di tenere la strada aperta al controllo popolare e alla rivoluzione rivela un'aporia che coinvolge lo stesso tentativo di intendere lo Stato mediante la razionalità della forma giuridica ([7]). In entrambi questi autori, anche nel Fichte della resistenza al potere ingiusto, non si ha il ritorno al pluralismo intrinseco alla concezione tradizionale del diritto di resistenza e il principio rappresentativo appare *costitutivo della forma politica*: senza rappresentazione non c'è Stato, ma solo dispotismo e tirannia, oppure folla disgregata di

---

([6]) Interessante a questo proposito il modo di rifarsi alla teoria kantiana del giudizio in chiave politica da parte di H. ARENDT, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, Brighton, 1982; con gli sviluppi di E. VOLLRATH, *Die Rekonstruktion der politischen Urteilskraft*, Stuttgart, 1977 e più recentemente, *Grundlegung einer philosophischen Theorie des Politischen*, Würzburg, 1987. In particolare sulla ripresa di Kant da parte della Arendt cfr. G. RAMETTA, *Comunicazione, giudizio ed esperienza del pensiero in Hannah Arendt*, in G. DUSO (a cura di), *Filosofia politica e pratica del pensiero. Eric Voegelin, Leo Strauss, Hannah Arendt*, Milano, 1988, sp. p. 251 ss.

([7]) Rimando per questo al mio *Logica e aporie della rappresentanza tra Kant e Fichte*, in «Filosofia politica», 1987, n. 1, pp. 31-55.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individui allo *stato* brado *di natura*. Dunque, anche nei filosofi tedeschi che ancora in qualche modo si riferiscono a un *Naturrecht* (8), al di là delle distinzioni tra patto di associazione e patto di soggezione, *prima* dell'elemento pattizio — certo inteso nella dimensione della logica regolativa e non in quella storico-empirica — non c'è vincolo associativo, e *dopo* questo c'è solo mediante il rappresentante, che unico esprime di fatto la volontà generale. *Societas* e rapporto di obbligazione politica si costituiscono insieme, sulla base del patto, mediante il principio rappresentativo, che è l'unica via attraverso la quale il corpo politico può prendere forma in quanto tale ed esistere.

È dalla critica a questa concezione che muove il pensiero politico hegeliano, che costituisce a sua volta un momento di mutamento nel modo di intendere il concetto di rappresentazione. Ciò deve essere considerato secondo un approccio *begriffsgeschichtlich*, che a mio avviso comporta sia il riferimento allo specifico contesto costituzionale, sia la comprensione dell'assetto teoretico che conferisce un nuovo significato determinato al concetto. Se si tengono presenti questi due aspetti nell'analisi della critica hegeliana di quel concetto moderno di rappresentazione che ho sopra indicato, si può forse sfuggire al pericolo sia di riportare Hegel a una *altständische Verfassung* da cui — secondo la sua stessa considerazione — lo spirito è ormai fuggito, sia di appiattire la sua posizione in quelle che si ispirano al principio monarchico (9). E ciò anche se a queste ultime il suo pen-

(8) È da ricordare che sia Kant che Fichte non sono riducibili a una dottrina del diritto naturale e sottomettono a critica lo stesso concetto di diritto naturale: cfr. M. RIEDEL, *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1969, trad. it., *Hegel tra tradizione e rivoluzione*, di E. Tota, sp. pp. 56-65.

(9) Per quanto riguarda il principio monarchico si tenga presente il vecchio lavoro di H.O. MEISNER, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip* (1913), Aalen 1969, e inoltre E. KAUFMANN, *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzips* in *Gesammelte Schriften*, vol. I, *Autorität und Freiheit*, Göttingen 1960, pp. 1-49; M. STOLLEIS, *Staatsdenken im Kreis des "monarchischen Prinzip"*, punto 4 del §3 della *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, hrsg. K.G.A. JESERICH, vol. II, Stuttgart, 1983, pp. 72-78; D. WIDUCKEL, *Jus publicum. Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin 1984, pp. 220-231. Punto di riferimento obbligato è la posizione di Julius Stahl, che al principio monarchico dedica un celebre saggio (*Das monarchische Prinzip. Eine Staatsrechtliche Abhandlung*, Heidelberg 1845); cfr. in proposito il lucido contributo di C. DE PASCALE, *Sovranità e ceti in Friedrich Julius Stahl*, «Quaderni Fiorentini», 13 (1984), pp. 407-430. Si ricordi la critica di Stahl a Hegel (cfr. le parti del libro V della *Philosophie des Rechts*, II ed., Berlin,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siero costituzionale può in realtà apparire consonante, piuttosto che al concetto di rappresentazione che si afferma nello Stato contemporaneo a partire dalla costituzione francese del 1791, nella quale il rappresentante, fuori ormai da un mandato nel senso stretto e giuridico del termine, e dunque da un vincolo imperativo, rappresenta non più una parte o uno *Stand*, ma l'intero corpo politico, l'intera nazione.

Si possono forse identificare tre tappe nel modo hegeliano di intendere la rappresentazione, che comportano elementi di continuità, ma anche scarti di prospettiva. Accennerò solo alle prime due per soffermarmi sulla terza, costituita dalla *Rechtsphilosophie*. È soprattutto, l'assetto speculativo sistematico che è necessario tenere presente, perché in esso può essere inteso il senso che il concetto di rappresentazione ha in Hegel e la sua portata problematica. Proprio in quanto si costruisce nel momento in cui un profondo lavoro critico svela le aporie interne della moderna rappresentazione, quale emerge nel filone di riflessione giusnaturalistico, il concetto hegeliano di rappresentanza politica appare complesso e irriducibile ad una semplice assunzione di posizione o a una scelta di campo, o, come è stato detto, ad un semplice prodotto della polemica reazionaria contro le idee liberali di una *Volksvertretung*.

1. *Lo Stato e il problema dell'ordinamento feudale nello scritto su «La costituzione della Germania».*

Già nello scritto jenese sul diritto naturale Hegel critica quelli che considera i due modi fondamentali di trattare scientificamente il diritto naturale (*die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*) e di concepire lo Stato mediante il diritto: la maniera cioè empirica e quella formale propria della filosofia della riflessione. Ambedue queste concezioni restano segnate da un insanabile dualismo costituito dalla molteplicità degli individui da una parte e dall'unità della volontà politica dall'altra ([10]). Hegel coglie in questo mo-

1947, dedicate a Hegel; anche nella trad. it. di P. Torre, *Storia della filosofia del diritto*, Torino 1855); su ciò U. SCHEUNER, *Hegel und die deutsche Staatslehre des 19. und 20. Jahrhunderts*, in *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, Berlin, 1978, pp. 81-100.

([10]) Per la critica hegeliana alle dottrine giusnaturalistiche nello scritto sul *Natur-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

do il problema logico che già con Hobbes si presentava, quello consistente nel passare dai Molti all'Uno, dagli individui all'unità del corpo politico. Per Hobbes — come appare nel fondamentale cap. XVI del *Leviatano*, dedicato alla «persona» (e con ciò alla rappresentazione) e significativamente precedente il capitolo che riguarda la nascita pattizia del corpo politico — è proprio la rappresentazione l'unico modo di intendere l'unità di una molteplicità, e tale assunzione resterà, a mio avviso, fondamentale, al di là della stessa rilevanza accordata al tema da parte dei diversi pensatori — per tutto lo sviluppo delle dottrine contrattualistiche.

Non solo vi è qui la difficoltà di intendere la genesi dell'unità dalla molteplicità, ma si presenta anche il problema dell'*alterità* dell'unità nei confronti dei molti che costituiscono il corpo politico. Se da una parte vi è l'immediata identificazione tra molti e uno, secondo la quale l'agire del rappresentante è l'agire del corpo politico, e perciò l'agire di tutti in quanto agire politico, tuttavia i molti sono divenuti semplicemente persone *private*, sono *sudditi* sottoposti al sovrano rappresentante. Tale dualismo insanabile, strettamente congiunto con l'immediata identità, è connaturato alla logica del moderno concetto di rappresentazione e, come si è sopra ricordato, si presenta anche nelle posizioni «formali» di Kant e di Fichte, e si evidenzia nelle aporie proprie del tentativo di uscire dalla morsa di questa logica. Risultato di ciò è che non si ha una vera unificazione dei molti e la maestà del supremo potere (*die Majestät der obersten Gewalt*) non penetra nella molteplicità degli individui, e si manifesta nel modo dell'esteriorità e del dominio nei loro confronti (*Verhältniss der Herrschaft*) ([11]). Tale esteriorità del rapporto emerge secondo Hegel

---

recht rimando al mio *La critica hegeliana del giusnaturalismo nel periodo di Jena*, in *Il contratto sociale* cit., sp. pp. 319-341. Sempre su questo scritto hegeliano si veda di recente H. KIMMERLE, *Die Staatsverfassung als "Konstituirung der absoluten sittlichen Identität" in der Jenaer Konzeption des «Naturrechts»*, in *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, hrsg. H.Ch. Lucas und O. Pöggeler, Stuttgart-Bad Canstatt, 1986, pp. 129-147 e J.P. PINSON, *Hegel et l'empirisme dans l'écrit sur le droit naturel de 1802-1803*, «Archives de Philosophie», 51, 1988, pp. 613-626, accanto a B. BOURGEOIS, *Le droit naturel de Hegel. Commentaire*, Paris, 1986.

([11]) G.W.F. HEGEL, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsgwarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie, und sein Verhältniss zu den positiven Rechtswissenschaften*, in *Gesammelte Werke*, Bd. 4, *Jenaer kritische Schriften*, hrsg. H. Buchner und O. Pöggeler, Hamburg, 1968 (cit. *NR*), p. 426.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche nelle filosofie della riflessione, dove il principio di unità, che esprime la libertà universale, si manifesta paradossalmente nella forma della costrizione (*Zwang*) ([12]).

Proprio il tentativo giusnaturalistico di eliminare il rapporto di subordinazione dell'uomo all'uomo e di fondare il potere politico sugli individui, di cui deve garantire libertà e uguaglianza — e ciò grazie alla centralità del concetto nuovo di rappresentazione — dà luogo ad un rapporto di sudditanza e di coattività. Il tentativo hegeliano, che si determina già a Jena, di porre in altri termini il problema della mediazione tra unità e molteplicità, e di intendere perciò in modo diverso la *Verfassung* dello Stato, comporta una radicale trasformazione del concetto di rappresentazione e una sua diversa funzione in rapporto allo Stato. Essa non è più l'elemento *costitutivo*, che pone in essere e fa sussistere lo Stato, ma è un elemento ulteriore e tuttavia necessario alla *Wirklichkeit* dello Stato moderno, e ciò significa per Hegel alla sua *Vernünftigkeit*, la quale non si presenta nel modo della deduzione, come avviene per il giusnaturalismo, cioè nell'atto della fondazione e della genesi, che è frutto del mero *Verstand*, ma piuttosto nell'articolazione razionale dello Stato compiuto, nella sua *Vernünftigkeit* appunto. È il ruolo svolto dalla rappresentanza nel dispiegamento di tale razionalità ciò che è da comprendere.

Nello scritto sulla *Verfassung Deutschlands* il modo di intendere la rappresentazione è condizionato dal fatto che Hegel, pur parlando di Stato, si muove ancora nell'ottica complessiva dell'impero e dei territori imperiali. Nel tentativo di definire lo specifico dello Stato, ciò che ne costituisce l'essenza, due appaiono gli elementi fondamentali: da una parte una *Staatsgewalt* con un apparato militare, e dall'altra la *libertà* dei cittadini. Questa appare subito come un secondo elemento, e non è fagocitata, come fondamento o come fine, nella stessa essenza dello Stato. Tanto più è forte e concentrato il potere, ciò che è essenziale allo Stato, tanto più può essere lasciato spazio al manifestarsi della libertà e autonomia alla organizzazione dei *Landstände*. Tale autonomia lungi dall'essere dannosa alla centralità del potere, in quanto stimola una attività di «partecipazione (*Teilnahme*) agli affari generali», genera un coinvolgimento dei corpi subordinati e suscita il relativo senso di soddisfazione e di dignità in uomini che si sentono liberi: da tutto ciò il potere statale, che mantie-

([12]) Cfr. HEGEL, *NR*, 443 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne tuttavia per sé le funzioni essenziali, risulta rafforzato ([13]). È questo elemento della libertà che si esprimerà attraverso la rappresentazione, e non la volontà generale dello Stato ([14]). Per quanto riguarda il centro costitutivo dello Stato, questo consiste sia nell'esecuzione — il governo —, sia nella decisione — il monarca ([15]); ma è quest'ultimo il punto centrale e decisivo.

Nello scritto sulla *Verfassung Deutschlands* si esprime una concezione di relativa continuità per quanto riguarda il passaggio dal sistema feudale allo stato moderno, e probabilmente ciò avviene a causa del fatto che è ancora il contesto imperiale ad essere presente nella riflessione hegeliana, riluttante ad intendere come Stati i territori ormai di fatto svincolati da un assetto imperiale che ha, secondo lo stesso Hegel, perso la sua vivente realtà. Il vecchio ordinamento feudale non è visto in questo momento della riflessione hegeliana come radicalmente diverso dalla organizzazione dello Stato moderno; al contrario vi è continuità e sviluppo naturale dal primo al secondo, e mantenimento anzi del primo, cioè della sua organizzazione pluralistica e di partecipazione, all'interno dello Stato. In presenza di una potenza statale sufficiente l'ordinamento feudale avrebbe addirittura potuto in Germania mantenere lo Stato (*den Staat erhalten*) ([16]). E ancora: «Non è il principio dell'ordinamento feudale che ha tagliato alle radici la possibilità che la Germania fosse uno Stato; è invece lo sproporzionato ingrandirsi dei singoli corpi statali (*Stände*) che ha distrutto il principio stesso dell'ordinamento feudale e la sussistenza della Germania come Stato» ([17]). Hegel intende l'ordinamento feudale come un articolato pluralismo attorno ad un centro, e

---

([13]) Vgl. G.W.F. HEGEL, *Die Verfassung Deutschlands*, in *Politische Schriften*, Frankfurt am Main, 1966 (cit. *VD*), p. 43 (trad. it. in G.W.F. HEGEL, *Scritti politici*, a cura di C. Cesa, pp. 3-132, qui 34.

([14]) Sulla differenza di significato del concetto di libertà prima dell'"800 cfr. H. MAIER, *Hegels Schrift über die Reichsverfassung*, «Politische Vierteljahrschrift», 1963, pp. 334-349, trad. it. in *Il pensiero politico di Hegel*, a cura di C. Cesa, Bari, pp. 103-125; sul rapporto di libertà e natura nella *Rechtsphilosophie*, in relazione alle posizioni giusnaturalistiche, cfr. M. RIEDEL, *Natur und Freiheit in Hegels «Rechtsphilosophie»*, in «Hegel-Studien», Beiheft XI, 1974, pp. 365-381, trad. it. in *Il pensiero politico di Hegel* cit., pp. 37-56. Cfr. inoltre su questo tema G. MARINI, *Libertà soggettiva e libertà oggettiva nella «Filosofia del diritto» hegeliana*, Napoli, 1978.

([15]) Cfr. HEGEL, *VD*, 93 (trad. it. 83).

([16]) Cfr. HEGEL, *VD*, 85 (trad. it. 74).

([17]) *Ibid.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tale articolazione vede anche all'interno dello Stato moderno. Ciò che ha impedito in Germania il formarsi dello Stato, è ciò stesso che ha distrutto l'ordinamento feudale, e cioè la disgregazione, il rendersi potenze autonome da parte degli *Stände*, che hanno così perso il senso del loro costitutivo essere parte di un tutto e dunque il senso della realtà dell'unione (*die Realität der Verbindung*). Sentimento caparbio dell'autonomia e ingrandimento spropositato della potenza, anche militare (il Brandeburgo ad esempio passa da un esercito di duemila a uno di duecentomila soldati) degli *Stände* ha distrutto insieme ordinamento feudale e Stato tedesco.

Nonostante questa continuità l'epoca moderna non è tuttavia identificata con quella feudale: ci sono momenti di modificazione e di scarto, ed elemento che viene a caratterizzare il suo inizio è l'estendersi e il consolidarsi di un *Bürgerstand* dedito ai suoi affari e ai suoi bisogni, sempre più estraneo agli affari comuni e pubblici e richiedente una propria rappresentanza come *Stand* particolare. In questa situazione moderna di divisione del lavoro il *Mittelpunkt* dello Stato è costituito dal monarca e dalle diete. Ma il vero punto centrale del potere statale è costituito dal monarca «da cui promana tutto ciò che esige costrizione legale» ([18]). L'uso legale della forza è nelle sue mani, mentre gli *Stände haben teil*, partecipano all'attività legislativa. In questo «*Teilhaben*» si esprime il senso della rappresentanza, che non è espressione della volontà dello Stato, ma appunto partecipazione ad una istanza non *dipendente* e non *costituita* dalla stessa rappresentazione ([19]).

Proprio perciò la moderna rappresentanza è vista in continuità con il sistema feudale e Hegel può affermare che «La rappresentanza è così profondamente intessuta con l'essenza dell'ordinamento feudale, e con le modificazioni che esso ebbe per il sorgere di un ceto borghese, che si può ben definire una stupidissima fantasia l'idea che essa sia una scoperta dei nuovi tempi» ([20]). La concezione che Hegel qui sembra esprimere non è quella della contrapposizione di

([18]) HEGEL, *VD*, 93 (trad. it. 83).

([19]) In particolare riferendosi alla *Rechtsphilosophie*, ma con più ampia portata in rapporto al pensiero politico di Hegel, O. BRUNNER (*Feudalismus*, in *Neue Wege der Verfassung- und Sozialgeschichte*, Göttingen, 1968², trad. it., *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. Schiera, Milano, 1970, p. 100) attribuisce ad Hegel un «sistema di partecipazione» (Vermittlung), piuttosto che di rappresentanza.

([20]) HEGEL, *VD*, 96 (trad. it. 86-87).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un moderno significato della rappresentanza contro quello feudale; al contrario è la rappresentanza — di tipo ancora feudale — a permettere il costituirsi stesso degli stati moderni. «Tutti gli Stati moderni sussistono per opera sua, e solo la sua degenerazione, cioè la perdita della sua vera essenza, ha distrutto la costituzione della Francia» ([21]).

Anche se questa concezione della continuità tra feudalesimo e Stato moderno, con la concezione della rappresentanza che comporta, sarà destinata ad essere mutata, come si potrà notare nella *Ständeschrift* del 1817, tuttavia è da notare il significato che viene ad avere qui la rappresentanza, e che sarà conservato anche nel futuro mutamento: quello cioè della partecipazione (*Mitwirkung*) del popolo agli affari dello Stato. La *bürgerliche* e *ständische Freiheit* (di questo infatti si tratta e non della astratta libertà degli individui), non ha significato se non in rapporto alla esistenza e al buon funzionamento di *repräsentierenden Körper*, cioè dei *Landstände*, delle diete territoriali. Due sono allora gli elementi propri del «principio originario dello Stato tedesco» (*das Prinzip der Monarchie*): un potere statale retto da un capo (*Oberhaupt*), e la collaborazione (*Mitwirkung*) del popolo attraverso i suoi deputati ([22]).
In tal modo la partecipazione diventa potente strumento di organizzazione («*so würde der Anteil eine Organisation sein*») ([23]) e la lotta per la libertà non si traduce in una semplice e negativa opposizione alla monarchia universale, intesa come oppressione e dispotismo, ma nella acquisizione di una autonomia che è *articolazione* dell'intero e collaborazione. Allora la rappresentanza non è né espressione della volontà dello Stato, né garanzia della libertà come autosufficienza dei singoli (libertà dei singoli che sarebbe poi il suo stesso fondamento), ma espressione della autonomia e collaborazione dei corpi territoriali, che in tal modo, mediante la loro libertà, si attivano nella articolazione e nel funzionamento dell'intero. La concezione hegeliana della rappresentanza politica è in questo primo pe-

([21]) Cfr. per una teoria della rappresentanza in senso continuistico il classico O. HINTZE, *Weltgeschichtliche Bedingungen der Repräsentativverfassung*, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, I, *Staat und Verfassung*, hrsg. G. Oestreich, Göttingen, 1970, pp. 140-185, trad. it. in O. HINTZE, *Stato e società*, a cura di P. Schiera, Bologna, pp. 102-137.

([22]) Cfr. HEGEL, *VD*, 134 (trad. it. 126).

([23]) HEGEL, *VD*, 139 (trad. it. 131).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riodo di Jena in ogni caso diversa da quella che si afferma con la Rivoluzione francese, e critica nei confronti dell'apparato concettuale, elaborato nella moderna filosofia politica, che sta alla sua base.

2. *La* ständische Repräsentation *e l'essenza dello Stato nel 1817.*

Nello scritto sui *Landstände* del Württemberg del 1817, contemporaneamente alla constatazione della trasformazione di feudi dell'impero in Stati, Hegel manifesta la comprensione della cesura strutturale esistente tra il sistema feudale e la *Verfassung* di uno Stato, cesura che coinvolge lo stesso concetto di rappresentanza. In tal modo egli si avvia a quella concezione della rappresentanza e della costituzione che si esprime nella matura *Rechtsphilosophie*, nella quale ancora si manifestano scarti e modificazioni, come mostrano le *Vorlesungen* che vanno dal 1817 al 1831. Il coglimento di tale cesura non comporta tuttavia da parte di Hegel un allineamento con il concetto di rappresentanza che si afferma nella rivoluzione francese: sono ancora gli *Stände* ad essere alla base del concetto di rappresentanza, anche se ciò si iscrive in un'ottica assai diversa da quella della *altständische Verfassung*, così da spingere un recente studio sulla «*Ständeschrift*» e sulla *Nachschrift Wannemann* relativo alla lezione del 1817-18, ad usare la formula di *neuständisch-bürgerlichen Repräsentation* ([24]).

Qui l'indicazione della non costitutività della rappresentanza, e tuttavia del suo ruolo fondamentale per uno Stato moderno, viene espressa già nella fase di apertura dello scritto: l'introduzione di una *repräsentative Verfassung* ha la funzione del *compimento* dello Stato: «*die Monarchie zu vollenden*» ([25]). È sul senso logico di questo *compimento* dello Stato — cosa ben diversa dunque dalla *genesi* dello stesso — che si attuerà la riflessione hegeliana nella *Rechtsphilosophie*. Tale compimento infatti ha a che fare con i processi di formazione dei contenuti della volontà statale, con uno Stato che è non

([24]) Cfr. Ch. JAMME, *Die Erziehung der Stände durch sich selbst. Hegels Konzeption der neuständisch-bürgerlichen Repräsentation in Heidelberg 1817-18*, in *Hegels Rechtsphilosophie* pp. 149-173.

([25]) Cfr. G.W.F. HEGEL, *Verhandlungen in der Versammlung der Landstände des Königsreichs Württemberg im Jahre 1815 und 1816*, in *Politischen Schriften* (*PS*), 140 (trad. it. in *Scritti politici* cit., p. 135).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solo potenza (*Macht*), ma anche volontà (*Wille*). L'attuazione di questo compimento non è riducibile a fatto storico e contingente, né dipende da una semplice promessa fatta dai governi ai popoli, ma è legata alla stessa natura dei concetti (*höhere Notwendigkeit [...] der Begriffe*), che sono divenuti opinione universale, e alla *Vernünftigkeit* propria del moderno concetto di Stato ([26]).

Due sono gli obiettivi polemici di Hegel che devono essere tenuti presenti per intendere la concezione della rappresentanza espressa dalla «*Ständeschrift*»: uno è identificabile nel «buon diritto antico» (*das gute, alte Recht*) e nel modo feudale di intendere la rappresentanza, e l'altro nella concezione della rappresentanza di tipo francese e nella immaginazione (*Vorstellung*) astratta e atomistica della società che è ad essa sottesa (immaginazione che ha la sua origine, come sopra si è indicato, nella costruzione della «societas civilis» che si inaugura con il moderno giusnaturalismo).

Nel primo versante critico, proprio perché ormai il Württemberg ha assunto la natura di Stato, è improponibile un sistema dualistico di *Stände* e principe, che si fronteggino come enti indipendenti, quasi forniti entrambi di diritti sovrani ([27]). Il persistere di due poteri sovrani sarebbe distruttivo della stessa essenza dello Stato. Qui Hegel esprime esplicitamente la consapevolezza della «differenza qualitativa» esistente tra un feudo ed uno Stato, differenza che comporta il mutamento dei rapporti formali esistente nel feudo tra il principe e i sudditi ([28]). A tale differenza è strettamente congiunta quella del significato e della struttura della rappresentanza. Nel caso infatti del sistema feudale essa si manifesta in un rapporto quasi contrattuale che esprime l'indipendenza dei *Landstände*, come evidenzia il fatto del loro possesso di truppe, che erano persino impiegate contro il principe ([29]). Tale dualismo era tuttavia reso possibile dall'esistenza di un principio superiore di mediazione, costituito dall'imperatore, il quale era *Zwischen- und Obergewalt*, un potere cioè che era superio-

([26]) HEGEL, *PS*, 144 (trad. it. 139).

([27]) HEGEL, *PS*, 177 (trad. it. 173).

([28]) HEGEL, *PS*, 182 (trad. it. 178).

([29]) HEGEL, *PS*, 179 (trad. it. 174). Mi sembra che si possa dire che, in questo caso, l'aspetto tecnico della rappresentanza, intesa come *Vertretung*, sia inserita in un contesto in cui vige il mandato imperativo; cfr. su ciò H. TRIEPEL, *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht*, Stuttgart-Berlin, 1942, e anche C. MÜLLER, *Das imperative und freie Mandat. Überlegung zur Lehre von der Repräsentation des Volkes*, Leiden, 1966.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

re e insieme, proprio grazie a questa superiorità, mediava e regolava le questioni sorte tra principe e *Stände* ([30]). Ma, nel momento in cui si tratta di una rappresentanza all'interno di uno Stato sovrano, la sovranità dello Stato non permette più la sopravvivenza dei diritti politici e della indipendenza che caratterizzavano la rappresentanza nell'ambito del «buon diritto antico».

Ciò non comporta però l'accettazione del modo francese di intendere la rappresentanza. Hegel infatti, pur schierandosi a favore della proposta regia di costituzione, considerata avanzata in relazione all'essenza di uno Stato moderno, tuttavia la critica proprio perché il sistema di votazione ha alla sua base l'astratta uguaglianza degli individui ed è limitato da elementi solo quantitativi, quali il censo e l'età. Si avrebbe in tal modo l'introduzione di quella che Hegel chiama una *demokratische Unformlichkeit*, all'interno della quale i raggruppamenti, e le distinzioni sono indicati con una parola raramente usata da Hegel e sempre per segnalare il darsi di distinzioni meramente quantitative e non organiche: quella di *Klasse* ([31]).

Un tal modo di intendere la rappresentanza, come prodotto di un sistema elettorale in cui tutti partecipano in maniera indifferente alle votazioni, proprio perché gli eletti non rappresentano più parti determinate di cittadini, ma tutto il popolo, ha alla sua base una visione atomistica della *bürgerliche Gesellschaft*, che è ridotta a mero aggregato senza forma: il popolo viene in tal modo «come dissolto in una moltitudine» ([32]).

Nella *Fenomenologia* Hegel, riflettendo sul momento centrale della Rivoluzione francese e sul movimento logico caratterizzante il periodo del Terrore, aveva mostrato la necessità dell'astrazione distruttiva dell'assoluta libertà nei confronti del particolarismo e delle differenziazioni di un ordine sociale che avevano perduto ogni funzione ed erano divenute inadeguate nei confronti della *Wirklichkeit* ([33]). E tuttavia nello stesso contesto aveva indicato co-

([30]) HEGEL, *PS*, 183 (trad. it. 179).

([31]) HEGEL, *PS*, 163 (trad. it. 158-159). Si ricordi che anche per Kant e per Fichte il principio democratico in senso stretto comporta la perdita del principio rappresentativo e con ciò la perdita della forma e della essenza stessa dello Stato giuridicamente inteso (rimando a *Logica e aporie della rappresentanza* cit., sp. pp. 38 e 47).

([32]) HEGEL, *PS*, 160 (trad. it. 55).

([33]) Vgl. G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, hrsg. J. Hoffemeister,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

me questo momento necessario portasse di per sé al proprio superamento, e dunque ad una nuova organizzazione dell'intero statale e sociale mediante l'articolazione in quelle che sono chiamate «masse spirituali», costituite dai diversi poteri dello Stato e dai particolari *Stände der Arbeiten* ([34]). La necessità ed effettività dell'opera rivoluzionaria di eliminazione dei privilegi propri dell'*ancien régime*, e nello stesso tempo l'illusorietà dell'eliminazione delle differenze proprie di un ordine civile (*bürgerliche Ordnung*), si trova già espressa in una annotazione manoscritta del 1805-6: «liquidazione degli stati *privilegiati* — questo [è stato] compiuto — liquidazione della inuguaglianza degli stati; *vuote chiacchiere* (*Abschaffung der privilegirten Stände — diß vollbracht — Abschaffung der Ungleicheit des Standes, leeres Gerede*) ([35]).

Se si intende la natura della *bürgerliche Ordnung* come articolata in diverse cerchie e organizzazioni, bisogna rinunciare alle «astrazioni francesi» e comprendere che la realtà del singolo non consiste nell'idea dell'individuo eguale, ma nella concretezza del suo essere in una cerchia civile determinata, in uno *Stand*, ufficio, tipo di lavoro, a cui sono legate la sua *Bildung*, la sua *Gesinnung* nei confronti dello Stato e il suo peso nell'ordine civile ([36]). È a questa articolazione della *bürgerlichen Ordnung* che deve essere agganciato per Hegel non solo e non tanto l'espressione del voto, la cui inefficacia in rapporto alla effettiva partecipazione agli affari dello Stato già qui è criticata, ma il modo stesso di concepire la rappresentanza. Perciò, in consonanza con quanto si è visto nella *Fenomenologia*, egli auspica che, dopo la giusta eliminazione da parte dei supremi poteri dello Stato di associazioni corporative e comunità subordinate, che basavano il particolarismo del loro spirito di corpo, i loro pri-

---

Hamburg, 1952 (6 Aufl.), p. 415-416 (trad. it. di E. De Negri, Firenze, 1963 (2 ed.), II vol., p. 126-127).

([34]) Vgl. HEGEL, *Phänom.*, 417 (trad. it. 128).

([35]) Vgl. G.W.F. HEGEL, *GW*, 8, *Jenaer Systementwürfe III. Naturphilosophie und Philosophie des Geistes. Vorlesungmanuskripten zur Realphilosophie. 1805-1806*, hrsg. R.P. Horstmann und J.H. Trede, Hamburg, 1976, p. 274 (trad. it. in G.W.F. HEGEL, *Filosofia dello spirito jenese*, a cura di G. Cantillo, Bari, 1984, p. 161). Sulla concezione jenese di Hegel si veda almeno O. PÖGGELER, *Hegels Jenaer Systemkonzeption*, ora in *Hegels Idee einer Phänomenologie des Geistes*, Freiburg-München, 1973, pp. 79-109, e F. CHIEREGHIN, *Dialettica dell'assoluto e ontologia dell'oggettività*, Trento, 1980.

([36]) HEGEL, *PS*, 160 (trad. it. 155).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vilegi e la loro spinta disgregante su antichi diritti politici, sia tuttavia venuto il tempo, una volta che lo Stato si è consolidato, di «restituire un assetto ed un onore politico anche alle sfere inferiori e, purificate da privilegi ed ingiustizie, inserirle nello Stato, inteso come formazione organica» ([37]).

Nella direzione di questa novità del senso degli *Stände* e della loro rappresentanza nello Stato in rapporto alla *altständische Verfassung*, e non nella direzione di una rappresentanza di tipo francese, mi pare allora si debba intendere la contrapposizione hegeliana a una rappresentanza tradizionale (*herkömmliche Repräsentation*) di «una vera rappresentanza nazionale» (*eine wahrhafte Nationalrepräsentation*) ([38]). Forse non c'è allora una vera e propria contrapposizione tra la posizione espressa da Hegel nelle *Grundlinien der Philosophie des Rechts* e quella della «*Ständeschrift*», anche se diverso è il contesto storico costituzionale in cui i due scritti sono inseriti e diversa è la loro stessa natura, in quanto lo scritto sulla dieta del Württemberg è un intervento su determinati fatti politici, in particolare sulla emanazione di una costituzione, mentre nel secondo caso si tratta della stesura di un'opera sistematica.

Certo differenze tra la posizione hegeliana del 1817 e l'assetto della filosofia del diritto successivo al 1818, quale si rivela sia nelle *Vorlesungen über Rechtsphilosophie* sia nello stesso testo hegeliano delle *Grundlinien*, esistono, e sono a volte notevoli. Ciò si può riscontrare guardando alla *Vorlesung über Naturrecht und Staatswissenschaft*, tenuta a Heidelberg nel semestre invernale 1817-18. Qui si può da una parte trovare un momento di passaggio verso le *Grundlinien*, ma dall'altra anche un momento di scarto ed una incertezza di tipo sistematico e insieme concettuale; e ciò sia a proposito dell'uso del concetto di rappresentanza, sia a proposito del ruolo attribuito alla decisione del monarca ([39]).

([37]) HEGEL, *PS*, 161 (trad. it. 156.157).

([38]) HEGEL, *PS*, 266 (trad. it. 261); da questo punto di vista mi pare di dover condividere la critica che C. Cesa (*L'atteggiamento politico di Hegel nel 1817: lo scritto sulla dieta del Württemberg*, in *Hegel filosofo politico*, Napoli, 1976, pp. 134-135) muove a R.H. HOCEVAR (*Stände und Repräsentation beim jungen Hegel*, München, 1968), che assimila la posizione di Hegel a quella di Gentz (pp. 183 ss.) (analoga è la critica di G. PAVANINI, *Hegel, la politica e la storia*, Bari, 1980, p. 134), e a Z.A. PELCZYNSKI (*Introductory Essay* a *Hegel's political writings*, Oxford, 1964), che sostiene (pp. 74-75) lo schierarsi di Hegel in favore di una rappresentanza di tipo corporativo.

([39]) Sul problema delle differenze nella concezione della filosofia del diritto tra il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si può infatti, sia pure rapidamente, notare che in questa *Lezione*, quale risulta dal manoscritto Wannenmann, da una parte il ruolo del monarca appare meno chiaramente marcato. Si trovano con maggiore facilità affermazioni che sembrano indicare come trascurabile la funzione del monarca: infatti, «in una costituzione formata, la individualità del monarca perde la sua importanza (*unwichtig*), mediante una organizzazione dello Stato solida e razionale» ([40]). Inoltre la sua funzione sembra più necessaria in quanto rivolta all'esterno dello Stato, che essenziale per l'interna costituzione di esso. Tuttavia è da ricordare che l'affermazione della indifferenza e accidentalità attribuita alla individualità del monarca non è in contrasto con il ruolo che il monarca verrà ad avere nel testo hegeliano e nelle *Lezioni* successive, ed appare legata all'idea che la sua decisione (è infatti la *letzte Entscheidung* che costituisce *das Prinzip des Monarchen* ([41])) non è quella di un monarca assoluto e dispotico, ma si pone nel contesto di una monarchia costituzionale, ragione per cui, come si vedrà più avanti, essa non produce i contenuti della volontà dello Stato, ma piuttosto e soprattutto esprime una forma, in cui consiste l'elemento politico. Hegel infatti già nel '17 sottolinea tale aspetto quando, contro coloro che affermano che il reggente altro non fa che

---

1817 e gli anni successivi si ricordi la polemica iniziata con la posizione assunta da Ilting in occasione della pubblicazione della sua edizione G.W.F. HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, Stuttgart-Bad Canstatt, 1973-74, 4 vol.: si vedano a proposito le *Einleitungen*, e il volume italiano, che in parte le traduce, *Hegel diverso*, Bari, 1977; all'interno dei presupposti e dell'angolo di visuale della interpretazione di Ilting si muove il dettagliato e informato lavoro di P. BECCHI, *Contributi ad uno studio della filosofia del diritto di Hegel*, Genova, 1984. Su questo tema dei mutamenti tra il '17 e i *Lineamenti* cfr. C. CESA, *Hegel filosofo politico*, Napoli, 1976, e la introduzione a *Il pensiero politico di Hegel* cit., JAMME, *Die Erziehung der Stände* cit., e, in particolare in relazione al tema del monarca, un saggio di G. RAMETTA, di prossima pubblicazione. Le differenze che il manoscritto di Wanneman presenta non solo nei confronti del testo scritto di Hegel, ma anche delle altre *Lezioni*, non mi spingono alla conclusione che esso rappresenti il «vero» pensiero hegeliano, contro la «falsificazione» che ad esso lo stesso Hegel avrebbe apportato, e non solo nel testo scritto, ma piuttosto a rilevare, qualora fosse assodata la fedeltà del manoscritto alla lettera della lezione hegeliana, l'incertezza che caratterizza questa fase del suo pensiero in rapporto alla maturazione dell'assetto sistematico che si manifesterà poco più tardi.

([40]) Cfr. G.W.F. HEGEL, *Vorlesungen über Naturrecht und Staatswissenschaft*, Heidelberg 1817-18, nachgeschrieben von P. Wannenmann, hrsg. C. Becker... mit einer Einleitung von O. Pöggeler, Hamburg, 1983 (cit. *Nach. Wannenman*), p. 202.

([41]) *Ibid.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

apporre la sua firma, osserva che in questo ragionare non si scorge «*den Wert dieses Formellen*» ([42]).

Si può inoltre in questo contesto assistere a quella che può apparire una incertezza terminologica in rapporto al modo in cui si viene a determinare nell'itinerario che stiamo seguendo, pur attraverso gli scarti indicati, il concetto di rappresentazione. Nella *Nachschrift Wannemann* infatti, a differenza di quanto avviene nelle successive *Vorlesungen*, il termine di *Repräsentant* è attribuito anche al monarca, che è indicato come «*der oberste Repräsentant seines Volkes* ([43]). Tale uso comporta la perdita del senso determinato del termine: infatti anche gli eletti del popolo sono suoi rappresentanti, così come i funzionari dello Stato ([44]): insomma tutti i poteri dello Stato hanno una funzione rappresentativa! Forse tale uso del termine può avere un significato insieme di accoglimento e di polemica nei confronti delle teorie francesi e liberali della *Volksvertretung*, nel senso che se si intende considerare questa rappresentanza del popolo come espressiva dello Stato nella sua interezza, bisognerebbe allora attribuire tale funzione rappresentativa a tutti gli elementi in cui lo Stato si articola, e cioè a tutti i suoi poteri. Tuttavia tale uso non sembra consono al significato determinato che la *Repräsentation* verrà a prendere negli anni successivi, come «compimento» e «articolazione», come passaggio attraverso la libertà soggettiva e la particolarità, ma nemmeno al significato che abbiamo ravvisato nel periodo jenese.

Ciò che invece sembra consono a questo cammino è il significato di mediazione che viene ad avere la *Ständeversammlung*, che consente il manifestarsi del volere universale in sé e per sé, anche per l'aspetto del per sé che implica la coscienza di ciascuno della propria partecipazione soggettiva al volere universale ([45]), e che consente la compenetrazione di interessi particolari e interesse generale ([46]). Ta-

---

([42]) *Nach. Wannenmann*, p. 203.

([43]) *Nach. Wannenmann*, pp. 203 e 204.

([44]) Cfr. *Nach. Wannenmann*, p. 204.

([45]) Cfr. *Nach. Wannenmann*, p. 223: «Die Ständeversammlung repräsentiert das Volk. Sie enthält das Moment des allgemeinen Willens in gedoppeltem Sinne, 1) des an und für sich vernüftigen Willens und 2) daß es nicht nur an und für sich der allgemeine Wille ist, sondern auch für sich, daß jeder sein Selbstbewußtsein darin hat».

([46]) Cfr. *Nach. Wannenmann*, p. 227: «Die ständische Verfassung ist gegründet auf das Interesse der besonderen Stände, aber für die besonderen Interessen haben die

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le funzione di *Vermittlung* propria della *ständische Repräsentation* caratterizza il concetto hegeliano di rappresentanza differenziandolo sia dalla *altständische Verfassung* sia dalle moderne *Repräsentationsvorstellungen*.

3. *Il concetto speculativo di* «Repräsentation» *nella* «Rechtsphilosophie».

Per intendere sino in fondo la portata dell'elemento della mediazione, fondamentale nella struttura logica del pensiero hegeliano, ai fini della comprensione del concetto di rappresentanza, è necessario addentrarsi nella matura *Rechtsphilosophie*. Fin dal celebre esordio della sezione delle *Grundlinien* dedicata allo Stato — «Lo Stato è la realtà dell'idea etica» ([47]) —, che è stata al centro di innumerevoli tentativi di interpretazioni e di fraintendimenti del cosiddetto «idealismo hegeliano», troviamo congiunti insieme tre pilastri della riflessione filosofica hegeliana: la *Wirklichkeit*, la *Sittlichkeit* e l'*Idee*. È nel quadro speculativo che questi termini indicano che è necessario intendere il significato dello Stato e della sua struttura, per evitare il rischio di perdere lo spessore teorico del problema hegeliano risolvendolo in una semplice proposta di modello costituzionale, più o meno attuabile e classificabile secondo un suo presunto carattere progressista o conservatore.

La stessa difficoltà che sorge quando si voglia tener presente da una parte l'asserzione hegeliana che non vi è teoria dello Stato se lo Stato a cui essa si riferisce non è *wirklich* ([48]) — che si colloca negli anni giovanili, ma che mantiene la sua validità anche per lo Hegel maturo —, e dall'altra il fallimento a cui è destinato il tentativo di riportare la *Rechtsphilosophie* alla assunzione di una realtà politica empiricamente data, può essere chiarita solo alla luce del rapporto di illuminazione reciproca che i termini di *Wirklichkeit* e *Vernünftigkeit* (a cui quello di «idea» è congiunto) vengono ad

---

Mitglieder keine besonderen Institutionen für ihre und von ihrer Korporation, sondern [sie] haben das gemeinschaftliche Interesse. Der Trieb des Staates ist, alle besonderen Interessen aufzuzehren in das Interesse der Allgemeinheit».

([47]) HEGEL, *Rechtsphilosophie*, (ed. von Ilting cit., Bd II, § 257 (cito la trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di G. Marini, Bari, 1987).

([48]) Cfr. HEGEL, *VD*, 32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avere secondo la stessa programmatica affermazione della *Einleitung* hegeliana. Troppo spesso chi si riferisce a questo contesto teorico hegeliano dimentica che la *Wirklichkeit* non indica il dato di fatto, o la realtà empiricamente presente, così come la *Vernünftigkeit* ha tutt'altro significato da quello della costruzione di un modello razionale in sé buono o desiderabile.

Il fatto che l'essenza dello Stato sia segnata dalla *Vernünftigkeit* nella complessità dialettica del suo movimento, cosicché lo Stato è «*das an und für sich Vernünftige*» ([49]), indica come tale razionalità non consista nel *Prinzip* che ne spiega la genesi, come avveniva nella *Rationalität* giusnaturalistica, che è secondo Hegel governata dal *Verstand*. Essa non è *inizio*, o fondamento, ma piuttosto si dà nel processo, nella articolazione: è *risultato*. Il movimento, che caratterizza la concreta razionalità della totalità, dell'«*an und für sich sein*», è già rivelativo del fatto che lo Stato non si dà come momento autonomo e separato, semplicemente come dato istituzionale che presuppone prima di sé e di fronte a sé, come *altra*, una «società civile». Se Hegel è tra i primi a distinguere in tutta la loro portata e determinatezza i concetti di *bürgerliche Gesellschaft* e di *Staat*, ciononostante non li separa, secondo una contrapposizione che percorre tutto l'Ottocento per giungere sino a noi, ma li vede strettamente intrecciati, cosicché, nel senso più ampio, lo Stato è cerchia di cerchie, che comprende in sé gli altri momenti, senza dei quali non sarebbe a sua volta concepibile.

Ma tale movimento dialettico indica anche come la razionalità dello Stato moderno sia segnata dalla *soggettività*. Seguendo l'indicazione teoretica di tipo sistematico della *Vorrede* della *Fenomenologia*, secondo cui «tutto dipende dall'intendere e dall'esprimere il vero non come *sostanza*, ma altrettanto decisamente come *soggetto*» ([50]), si può dello Stato dire che non è solo potenza, ma anche volontà, che non è solo sostanza, ma anche soggetto. E infatti il principio della soggettività, di cui l'epoca moderna costituisce la storia, come si riscontra nelle *Lezioni sulla filosofia della storia*, caratterizza, in rapporto ad altri modi di darsi della politicità, la forma dello Stato moderno: «Il principio degli stati moderni ha questa enorme forza e profondità, di lasciare il principio della soggettività compiersi fino

([49]) Cfr. HEGEL, *Rph*, § 258.

([50]) HEGEL, *Phänom*, 19 (trad. it. 13).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'*estremo autonomo* della particolarità personale, e in pari tempo di *ricondurre* esso nell'*unità sostanziale*, e così di mantenere questa in esso medesimo» ([51]).

Non abbiamo certo qui l'idea che il soggetto singolo sia fondamento dello Stato, come poteva apparire in uno scenario contrattualistico, né quella secondo cui il corpo politico si esprime come un soggetto che emana arbitrariamente la sua volontà, ma piuttosto quella che vede l'importanza nello Stato moderno del concetto della libera volontà e della coscienza ([52]). Lo Stato non è allora solo potenza, ma anche volontà e sa «quel che vuole, e lo sa nella sua *universalità*, come cosa *pensata*; esso opera e agisce quindi secondo fini saputi, principi cogniti, e secondo leggi, che sono tali non soltanto *in sé*, bensì per la coscienza» ([53]). È il movimento in cui si forma la coscienza universale e dunque in cui si forma la volontà che richiede di svilupparsi secondo l'estremo della particolarità e di passare attraverso la coscienza e la volontà del singolo.

Detto altrimenti: la volontà del singolo non è fondamento della volontà dello Stato, ma quest'ultima, nella modernità, non è pensabile se non passa attraverso la volontà del singolo, se questi non partecipa alla formazione di quella volontà e non ha coscienza di tale partecipazione. È in questo processo che prende il suo significato il concetto di rappresentanza, non come modo di decisione della volontà generale — secondo quanto avveniva nella criticata costruzione contrattualistica, in cui il rappresentante esprime la volontà di tutto il corpo politico, che è *altra* da quella dei singoli — ma invece come momento indispensabile di questa articolazione della totalità.

Tale aspetto di mediazione proprio della rappresentanza viene alla luce quando si esamini la funzione del potere legislativo all'interno della *Verfassung* dello Stato. Tale funzione infatti non consiste tanto nell'espressione della volontà sovrana, del comando che è legge, in una direzione in cui il potere legislativo appare come fagocitante gli altri, come espressione della natura monolitica e indivisibile della moderna sovranità. Il legislativo è piuttosto il luogo in cui gli in-

---

([51]) HEGEL, *Rph*, § 260.

([52]) Cfr. G.W.F. HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, trad. it. G. Calogero e C. Fatta, Firenze, 1963, IV, pp. 187 ss.; sul «*freier Wille*» nella *Rechtsphilosophie* cfr. M. RIEDEL, *Natur und Freiheit* cit.

([53]) HEGEL, *Rph*, § 270.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teressi particolari si mediano con gli interessi generali dello Stato, e attraverso cui il popolo partecipa agli affari pubblici.

Non si può intendere la funzione della rappresentanza e il suo posto sistematico nella *Verfassung* se non si comprende la centralità nella monarchia costituzionale di Hegel della *fürstliche Gewalt*. Questa centralità, come pure le funzioni attribuite al monarca, ha certo a che fare con una concezione corrente della monarchia costituzionale, ma un simile rapporto non dice ancora niente sull'assetto sistematico del pensiero hegeliano sullo Stato e sull'elemento specifico della *politicità*, che è espresso dalla figura del monarca, ma che travalica forse questa stessa figura.

È ben vero che nell'assetto costituzionale dello Stato, quale Hegel lo descrive, riveste una grande importanza l'amministrazione e il sapere dei funzionari, del *Beamtenstand*, così come grande importanza — e questo è il nostro tema — ha la *partecipazione* del popolo, ma, in ogni caso l'elemento politico decisivo per l'essere dello Stato è costituito dal monarca e dal fatto che nella sua persona si esprime la *Entscheidung*, il momento della decisione ultima ([54]).

È nota la discussione sorta dall'opinione di Ilting che Hegel nel suo testo scritto — le *Grundlinien* — abbia modificato per ragioni di opportunismo politico la sua «vera» concezione del monarca, espressa nel 1817 e anche nelle lezioni successive tenute oralmente a Berlino. Mentre nell'insegnamento orale Hegel esprimerebbe l'idea che il monarca sia solo il culmine necessario e logico dello Stato, e la sua attività consista solo nel coronare e portare a compimento la razionalità della *Verfassung* — insomma non consista in altro che nel mettere «il punto sulla i» —, nel testo scritto al monarca sarebbe data ben altra rilevanza e centralità, così da farne l'«*absolut entscheidendes Moment des Ganzen*» ([55]). Segno dell'incoerenza di questa modificazione opportunistica dettata dalle circostanze politiche, secondo la quale il contenuto del testo scritto non corrispon-

([54]) Su ciò concordo con C. Cesa, *Entscheidung und Schicksal: die fürstliche Gewalt*, in *Hegels Philosophie des Rechts. Die Theorie der Rechtsformen und ihre Logik*, hrsg. D. Henrich und R.P. Horstmann, Stuttgart, 1982, pp. 185-205, e con B. Bourgeois, *Le prince hégélien*, in AA.VV. *Hegel et la philosophie du droit*, a cura di G. Planty-Bonjous, Paris, 1979, pp. 85-130, autori a cui rimando e che tengo qui presenti.

([55]) Hegel, *Rph*, § 279; cfr. Ilting, *Hegel diverso*, sp. pp. 38 ss. e anche Becchi, *Contributi* cit., pp. 11 ss. e 161 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derebbe alla vera concezione hegeliana, sarebbe l'ordine di trattazione dei poteri dello Stato (§§ 275 ss.), che inverte l'ordine annunciato nel § 273, secondo il quale alla *fürstliche Gewalt* spetta non il primo, ma l'ultimo posto ([56]).

A me sembra invece che l'ordine di esposizione nelle *Grundlinien* abbia una giustificazione teorica e sistematica ([57]). Infatti, se è vero che il concetto di sovranità spetta allo Stato nella sua totalità ([58]), è anche vero che l'individualità e la personalità dello Stato non è *wirklich* (nel senso concreto e razionale del termine) se non attraverso «un individuo», «una persona», il monarca appunto; altrimenti sovranità e personalità dello Stato sono un semplice termine astratto. La «personalità esprime il concetto come tale, la persona contiene in pari tempo la realtà del medesimo, e il concetto soltanto con questa determinazione è *idea*, verità» ([59]). Solo attraverso la concretezza di un individuo si presenta il piano dell'idea, e si può intendere l'elemento politicamente essenziale della decisione. È nel monarca che si esprime quell'elemento della *Entscheidung* senza della quale non c'è Stato e nemmeno potere politico. Perciò si può dire non solo che nel monarca «i distinti poteri sono raccolti ad unità individuale» ([60]), ma anche che è la sua decisione che rende poteri politici il potere legislativo e quello governativo. L'aspetto formale della decisione, del porre il punto sulla i, viene dunque a costituire la politicità dello Stato, mostrando in ciò l'essenzialità del monarca ([61]).

Allora è proprio il fatto che il monarca è momento *costitutivo* dell'esserci dello Stato, e che non si è mai dato Stato se non nella decisiva unità di un capo, che giustifica il suo posto nell'ordine della trattazione dei poteri. Ma a questo è collegato un secondo aspetto. Il concentrarsi della sovranità in un punto comporta l'immediatezza e dunque la naturalità di questo punto costituito dal monarca. Il richiamo a un punto immediato e naturale al centro dello Stato non è

([56]) Cfr. ILTING, *Hegel diverso*, p. 27; è da ricordare peraltro che tale «inversione» si ha anche nelle *Lezioni*, a cominciare da quella del '17-18 (cfr.: *Nach. Wannenmann*, §§ 138-158).

([57]) Concordo su ciò con Cesa (*Enscheidung und Schicksal*, p. 199).

([58]) HEGEL, *Rph*, § 278.

([59]) HEGEL, *Rph*, § 279.

([60]) HEGEL, *Rph*, § 273.

([61]) Cfr. BOURGEOIS, *Le prince hégélien*, p. 117: «C'est bien le formalisme de la décision princière qui lui confère sa valeur politique absolue».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accidentale o incongruente nella organizzazione del testo hegeliano; infatti «questo passaggio del concetto della pura autodeterminazione nell'immediatezza dell'essere e quindi nella naturalità è di natura *puramente speculativa*, la sua conoscenza appartiene perciò alla *filosofia logica*» (62).

Qui sembra ritornare nella concezione dello Stato l'insopprimibilità della naturalità della persona del sovrano che, affermata da Hobbes, aveva costituito il cruccio di tutto il successivo pensiero giusnaturalistico, teso ad eliminare gli inconvenienti derivanti dall'essere persona naturale da parte del sovrano-rappresentante, e ad impedire il decadere dell'agire rappresentativo — che si deve rapportare alla razionalità della volontà generale —, in seno all'immediatezza e passionalità dell'interesse privato. Ma in Hegel il presentarsi di questa naturalità ha un carattere diverso che in Hobbes, proprio perché non si manifesta in un agire rappresentativo, che esprima nel suo contenuto la volontà e l'agire dell'intero corpo politico, nei cui confronti i singoli si trovano nella situazione della sudditanza e sottomissione, ma piuttosto nella forma della decisione, che implica prima di sé e attorno a sé un complesso modo di formazione dei contenuti della volontà dello Stato ed un insieme costituzionale e razionale in cui la volontà del monarca non appare né autonoma né totalmente indipendente.

Da quanto si è detto il termine di «rappresentante», qualora lo si intenda nella sua portata teoretica e sistematica, non sembra attribuibile al monarca. L'uso, in effetti strano, che ne sarebbe stato fatto nella lezione del 1817-18, secondo il manoscritto di Wannenmann, perde la sua determinazione in quanto riferito a tutti i poteri; inoltre è da ricordare che in quel contesto prende il suo significato soprattutto nei rapporti internazionali: «*Besonders repräsentiert der Monarch als letzte Spitze sein Volk im Verhältnis zu anderen Völkern*» (63). Alla decisione del monarca non sembra consona la funzione rappresentativa concepita come compimento e articolazione, passaggio attraverso la libertà soggettiva e la particolarità. L'immediatezza della decisione ha il suo luogo all'interno della totalità articolata della *Verfassung* (per Hegel monarchia costituzionale), nel-

(62) HEGEL, *Rph*, § 280 (corsivo mio).

(63) *Nach. Wannenmann*, § 139, p. 204. Sul monarca come rappresentante dello Stato, in particolare nella *VD*, si veda R.K. HOCEVAR, *Stände und Repräsentation* cit., München, 1968, p. 176.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la quale si dà un complesso modo di formazione dei contenuti della volontà, mediante *anche* il determinarsi della rappresentanza.

A differenza che per le concezioni giusnaturalistiche, specie quelle che esprimono una razionalità formale, per Hegel *non ci può essere rappresentazione del tutto*, della libertà universale, della volontà generale, ma piuttosto *c'è rappresentazione nella realtà del tutto*. Ciò che è rappresentato non è reale in senso pieno, è reale solo nella totalità, e dunque ciò che è rappresentato è unilaterale, è parte: la libertà universale non può venir rappresentata, poiché «*wobei das Selbst nur repräsentiert und vorgestellt ist, da ist es nicht wirklich; wo es vertreten ist, ist es nicht*» ([64]).

Se nella naturalità e immediatezza del monarca e nell'accettazione dell'ereditarietà si può vedere espressa da Hegel l'esigenza di liberare il centro dello Stato dalla lotta disgregatrice delle fazioni ([65]), un altro sembra tuttavia il punto decisivo. E questo si comprende quando si trova l'affermazione che «il concetto del monarca è il più difficile per il raziocinamento, cioè la riflettente considerazione dell'intelletto» ([66]). Si può qui ravvisare la critica hegeliana a quel tentativo di fondare lo Stato politico che è proprio del giusnaturalismo, sia nelle versione hobbesiana sia in quella kant-fichtiana della riflessione, mediante un procedere tipico dell'intelletto. In tali tentativi si cerca, mediante il concetto di rappresentazione e i meccanismi contrattuali di autorizzazione, di *dedurre* l'elemento della decisione politica (nello sforzo di ridurre il politico alla forma giuridica), che ha invece per Hegel inizio semplicemente da sé, è indeducibile. Perciò, contro la razionalità moderna del principio rappresentativo, Hegel afferma come preferibile quella *Vorstellung* che vede il diritto del monarca fondato sull'autorità divina; e ciò non tanto per avvallare concezioni antiche e religiose del potere, quanto perché in esse, contro il *Räsonnement* moderno, si esprime per lo meno la *indeducibilità* logica del momento politico.

Ciò significa che anche all'interno di una totalità articolata, quale è quella che Hegel cerca di descrivere nella sua *Rechtsphilosophie*, la decisione non è semplice prodotto di questa totalità, ma rappresenta un momento di scarto, di riduzione e di recisione nei

([64]) HEGEL, *Phänom.*, p. 417 (tr.it., II, 129).
([65]) HEGEL, *Rph*, § 281.
([66]) HEGEL, *Rph*, § 279.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confronti della complessità del tutto. La decisione non è allora il semplice coronamento e compimento dell'intero, il suo divenire efficace, il suo realizzarsi in *Handlungen*, ma al contrario riduce tale complessità della totalità e opera un taglio, necessario per l'agire, tra le diverse e possibili ragioni: quando sono sondate tutte le ragioni oggettive la decisione non è semplice prodotto di questo vaglio, ma comporta uno scarto, non dedotto né fondato, mediante il quale solo si entra nell'ambito dell'agire. Anche per questo il monarca non è posto come terzo momento nella trattazione hegeliana ma è primo momento: perché dunque è costitutivo dello Stato, perché si presenta nella forma dell'immediatezza e perché è indeducibile dalla totalità della *Verfassung* e dagli altri poteri dello Stato. Proprio perché il potere del monarca ha questo significato mi pare non si possa intendere Hegel nella direzione di un pacifico organicismo, ma piuttosto in quella che ravvisa nella *Rechtsphilosophie*, soprattutto nella figura del monarca, un forte e irriducibile elemento di politicità.

Se il monarca esprime allora l'indeducibile elemento della decisione, la rappresentanza, che si esprime nel legislativo, ha piuttosto la funzione dell'unificazione, il compito di portare a compimento e di articolare l'intero, di effettuare la mediazione tra particolare e universale permettendo la partecipazione dei cittadini alla *formazione* della volontà politica. La rappresentanza fa sì che nel potere legislativo, dove sono presenti la decisione ultima del monarca e lo stesso potere governativo come momento consultivo, si esprima lo *ständisches Element*. Solo attraverso questo elemento è possibile la dimensione di soggettività compiuta, tipica della razionalità dello Stato moderno, che sopra è stata indicata. Infatti attraverso di esso l'affare generale supera la semplice dimensione sostanziale dell'*in sé*, per svolgersi in quella del *per sé* [67]. La razionalità dello Stato comporta una coscienza universale che passi attraverso la coscienza dei singoli — certo nella mediazione dei ceti e delle corporazioni — e la loro consapevolezza di partecipare agli affari pubblici.

Da quanto si è detto si può comprendere la logica che regge quello che appare come un paradosso: il fatto cioè che nei paragrafi hegeliani l'elemento cetuale appare insieme come un elemento «superfluo» per il sapere del bene dello Stato, ma insieme un momento «necessario». Infatti, contro l'opinione diffusa, secondo cui «i de-

[67] HEGEL, *Rph*, § 301.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

putati del popolo o magari il popolo *debba intendere nel miglior modo* quel che torni al suo meglio, e che esso abbia la volontà indubbiamente migliore per questo meglio», Hegel ritiene che, in quanto con la parola popolo si intende una parte determinata dei membri di uno Stato, si intende allora proprio la parte che non sa quello che vuole. In altri termini gli affari dello Stato richiedono un sapere, una competenza, un'ottica rivolta all'insieme, che è molto più presente negli *Staatsbeamten*, che possono anche «senza gli *Stände*» fare «il meglio» ([68]). Per quanto concerne l'aspetto dell'«in sé» dell'affare generale dello Stato l'elemento cetuale è dunque «un di più» (*einen Zuwachs*). Ma esso è tuttavia necessario affinché «il momento della libertà *formale* consegua il suo diritto» e, contemporaneamente, anche «la cognizione universale» ottenga «attraverso la *pubblicità* dei dibattiti degli "stati" la sua espansione» ([69]).

Gli *Stände* costituiscono allora un organo di mediazione tra il governo e il popolo. È questo il modo in cui Hegel pensa di cogliere il problema dei rapporti concreti che nella sfera statuale — intesa nel senso più largo del termine — si pongono, al di là dell'astratta costruzione dottrinale dei giusnaturalisti, la quale, segnata da un insanabile dualismo caratterizzante il rapporto Uno-molti, riduceva la *Maiestas* dello Stato a qualcosa di estraneo manifestantesi come *Zwang*. Nella concezione degli *Stände* che si ha nella *Rechtsphilosophie* infatti questi hanno tanto il senso dello Stato e del governo, quanto quello degli interessi particolari e dei singoli. Ciò ha il significato di una mediazione, «in modo tale che né il potere del principe appaia come *estremo* isolato, e perciò come mero potere di un dominatore e arbitrio, né che gli interessi particolari della comunità, delle corporazioni e degli individui si isolino, o ancor più, che i singoli non giungano a rappresentare una *moltitudine* e una *turba*, quindi ad un inorganico opinare e volere, e al mero potere di una massa contro lo stato organico» ([70]). In questa concezione della *ständische Repräsentation* come *Vermittlung*, si ridefinisce anche nella più matura posizione la differenza del concetto hegeliano di rappresentazione sia dalle concezioni di stampo francese (destinate ad affer-

---

([68]) *Ibid.*
([69]) HEGEL, *Rph*, § 314.
([70]) HEGEL, *Rph*, § 302.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

marsi nelle costituzioni dell'epoca contemporanea) sia da quelle *altständischen*.

Infatti gli eletti del popolo non sono né *Repräsentanten* dell'unità politica, che si dà nella decisione suprema del monarca, né di singoli individui costituenti una massa indeterminata, ma piuttosto «delle sfere essenziali della società» ([71]). Allora i rappresentanti non hanno al loro fondamento, mediante un voto indifferenziato, la volontà di tutti i singoli individui, e non hanno la funzione immediata di esprimere la volontà unica del corpo politico. Piuttosto rappresentano le cerchie particolari della società e i loro interessi. Perciò non sono l'unico elemento che concorre alla formazione della legge, ma hanno accanto a loro il governo e il monarca con la sua decisionalità.

I rappresentanti rappresentano dunque le parti della *bürgerliche Gesellschaft*, perché la rappresentano così come essa è, cioè «articolata in corporazioni, comunità e associazioni», e non disgregata in modo atomistico. La rappresentanza, così logicamente legata alla particolarità — nel senso duplice della parzialità della parte, ma anche del suo rapporto problematico ma intoglibile con l'intero di cui è parte —, risulta allora non uno stratagemma per la manifestazione politica dei membri della società, che sarebbe necessario a causa della grande moltitudine di essi negli Stati moderni, ma piuttosto l'unico modo di espressione del «lato mobile» della società civile, in quanto consono alla sua essenza, che è appunto di essere costituita di cerchie particolari. Tuttavia ciò non comporta una semplice *Vertretung* degli interessi delle cerchie come se fossero oggettivamente presupposti nella loro indipendenza e tali da essere così proposti alle altre istanze dello Stato. Insomma questa *Repräsentation* non si configura nella forma del dualismo e del mandato imperativo, così come non appare come elemento decisivo dell'unità politica. Infatti i deputati non hanno la veste di *mandatari*, che hanno ricevuto commissioni e istruzioni vincolanti ([72]), e con ciò l'agire rappresentativo (*das repräsentieren*) non ha «il significato che *uno sia al posto di un altro* (*einer an der Stelle eines anderen sein*), bensì l'interesse stesso è *realmente presente* (*wirklich gegenwärtig*) nel suo rappresentante» ([73]).

([71]) HEGEL, *Rph*, § 308.
([72]) HEGEL, *Rph*, § 309.
([73]) HEGEL, *Rph*, § 311.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mi sembra che proprio l'essere attualmente presente dell'interesse della cerchia nel suo rappresentante differenzi tale contesto da quello *altständisch*, in cui si può parlare di «*identitätsrepräsentation*» ([74]). Infatti l'identità dello Stato si esprime nella decisione del monarca, che solo in modo molto lato e improprio dal punto di vita hegeliano può essere considerata come rappresentazione. L'identità poi degli *Stände* e delle corporazioni vive nel rappresentante in modo tale che, attraverso l'attività di mediazione di quest'ultimo — che è rappresentante solo in quanto inserito nell'imprescindibile contesto statuale —, può e deve essere modificata nei suoi interessi e nella sua volontà, in relazione all'incontro dei diversi interessi particolari con l'ottica centrale dello Stato — la quale per altro muta essa stessa in questo incontro, dando luogo ad una complessiva volontà statale che non è pensabile senza l'espressione delle cerchie particolari. Attraverso l'attività dei rappresentanti e la pubblicità delle assemblee è la stessa opinione delle cerchie a venire mutata, come mostrano i paragrafi dedicati da Hegel all'opinione pubblica (§§ 314-318): e questo mutamento avviene *fuori* delle corporazioni, e solo mediatamente in esse. In tal modo è la stessa identità e la *Identitätsrepräsentation* che viene forse a modificarsi radicalmente.

Tale mediazione si determina nel significato di *Mitteilung*, o *Mitwirkung* che è proprio della rappresentazione così come Hegel la concepisce. Queste parole sono riprese da un contesto feudale, come si vede nella *Verfassungsschrift*, anche se vengono nel più maturo pensiero hegeliano a prendere un diverso significato. Certamente non sembrano appaesate in quel contesto di scienza politica inaugurato dal giusnaturalismo e in quei processi costituzionali che iniziano con la costituzione francese del 1791, in cui la rappresentazione è intesa come l'unico modo di espressione della volontà di tutto il popolo e, attraverso i rappresentanti, considerati come semplici «attori», tutti, mediante un processo di autorizzazione, sono intesi come «autori» delle azioni pubbliche. In questo contesto i cittadini non

([74]) È la comprensione hegeliana della differenza dello Stato moderno dal sistema feudale, quale si evidenzia nello scritto sul Württemberg del '17, che mi sembra differenzi la sua concezione della rappresentanza nei confronti di quella tradizione della «*repraesentatio identitatis*», così bene messa in luce nel volume di Hofmann. Si può allora forse problematizzare la proposta dello stesso Hofmann (*Repräsentation*, pp. 439-440) di una continuità tra la concezione hegeliana e quella tradizione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possono *partecipare* alle istanze superiori del potere sovrano dello Stato, per il semplice motivo che quel potere sovrano, mediante il concetto di rappresentazione come costituivo dello Stato, è il *loro stesso potere*, e non si può *partecipare* di ciò che è *proprio*. Insomma quel concetto di rappresentazione che nel giusnaturalismo e nelle moderne costituzioni è costitutivo del corpo politico, non si concilia con la sfera di realtà espressa dal termine di *partecipazione*, la quale sembra implicare *alterità* della istanza a cui si partecipa, e dunque una situazione di complessità di istanze politiche che, dal punto di vista della moderna concezione del potere sopra indicata, potrebbe sembrare legata ad un passato orizzonte epocale.

A causa dell'importanza che il *Mitteilen* e il *Mitwirken* rivestono in relazione ai modi complessi di formazione e articolazione della volontà dell'intero, si ha nel contesto del pensiero hegeliano la critica del sistema di espressione del voto che vede alla base in modo indistinto la massa dei singoli. In tale sistema infatti l'interesse politico dei singoli e la loro attività pubblica si limita a un solo atto (che consiste nel delegare un'altra persona ad agire pubblicamente) e non comporta una integrazione del cittadino agli affari pubblici, così come non è sufficiente a mostrare la rilevanza dei particolari interessi e bisogni in seno agli affari generali. Allora, specie nei grandi Stati, si diffonde il senso della insignificanza del singolo suffragio e con ciò l'indifferenza di fronte al dare il proprio voto, che spinge spesso coloro che hanno diritto al voto a disertare le elezioni, in modo tale che l'esito del meccanismo sarebbe il contrario dello spirito che sta al suo fondamento, poiché il potere cade in mano di pochi, di un partito, che impone come generale il suo interesse particolare e accidentale ([75]).

Insomma per Hegel la presenza dei bisogni, delle volontà e degli interessi dei singoli nella totalità della *Verfassung* dello Stato è possibile mediante una forma di rappresentazione che non coincida con la *Darstellung* della volontà comune e non intenda *immediatamente* la volontà dello Stato come la volontà di tutti, né attraverso una autorizzazione espressa idealmente nel contratto sociale, né attraverso il sistema di votazione basato sui singoli atomisticamente intesi. La presenza dei singoli nella *Verfassung* ha per Hegel un carattere fondamentale per l'essenza razionale dello Stato moderno, e cioè per la

([75]) HEGEL, *Rph*, § 311.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua organizzazione in una articolazione complessa, ma avviene attraverso la mediazione delle cerchie, in cui i singoli non sono mere astrazioni, ma individui con bisogni, *Bildung* e *Gesinnung* concrete e determinate. Solo il fatto che i singoli non sono *fondamento* dello Stato e della decisione permette che essi esprimano la propria partecipazione. Se mai ci fossero elementi «liberali» nel sistema hegeliano, questi sono giocati contro il principio liberale che vede il singolo e la società a fondamento dello Stato attraverso una *Volksvertretung*, e vengono dunque ad avere un significato strutturale diverso da quello che hanno in una concezione «liberale».

Hegel può allora trovarsi al di là del dilemma, che attraversa le vicende della forma della monarchia costituzionale nell'Ottocento (76), su chi sia il *Träger* del potere costituente, il re o il popolo. Di ciò è conferma la sua insofferenza nei confronti della domanda su «chi deve fare la costituzione», domanda che implica il presupposto che si possa essere fuori della *Verfassung* e che ci possa essere un soggetto ad essa precedente, o una massa informe e atomistica di individui alla sua base, che in quanto tale non sarebbe allora popolo. La *Verfassung* hegeliana non può allora essere ridotta in termini di *Konstitution*, cioè della costituzione nel senso liberale e ottocentesco della carta costituzionale che difende i diritti dei cittadini nei confronti dell'esercizio del potere, secondo la distinzione che si è più tardi consolidata nella cultura tedesca (77). Essa indica piuttosto la reale e complessa organizzazione di un intero, l'insieme articolato delle sue strutture sociali e politiche. Quando ci si riferisce alla costituzione in Hegel e alla sua razionalità, bisogna ricordare questo più ampio senso di costituzione, come pure quello di *Vernünftigkeit*, che non è riducibile al dover essere di un presunto modello «razionale» frutto del *Verstand*, ma invece ha a che fare con l'intero e la sua articolazione, con il movimento dialettico, che comporta al suo interno, proprio per una necessità che è logica, elementi come l'immediatezza e naturalità del monarca e l'indeducibilità della decisione. Mi pare che se non si tiene presente questo assetto speculativo è facile attribuire alle

(76) Su questo «dilemma» cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert* in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1976, pp. 112-145.

(77) Si veda come significativi O. BRUNNER, *Il concetto moderno di costituzione e la storia costituzionale del medioevo*, in *Per una nuova storia* cit., pp. 1 ss., e C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* cit., sp. i primi 2 cap.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

affermazioni hegeliane un significato che non appartiene loro, e trovare contrapposizioni e insanabili contraddizioni non solo tra lo Hegel del '17 e quello del '21, ma anche all'interno dello stesso testo scritto hegeliano.

In quanto la *Verfassung* descritta da Hegel si intenda nel suo senso etimologico e nel suo spessore speculativo, e non si riduca a una giuridica forma costituzionale, essa non è totalità pacifica: la mediazione non è qualcosa di già dato, ma è problema, attraverso cui la *Verfassung* dello Stato non può passare pena il suo sopravvivere come intero, ma che mantiene apertura al rischio e alla difficoltà delle soluzioni, che non sono certo scontate, come appare evidente se si rivolge l'attenzione, più che alla Camera in cui si esprime lo stato sostanziale, lo *Stand der natürlichen Sittlichkeit*, legato alla terra, alla Camera in cui si esprime quel «lato mobile» della società civile che è legato al moderno modo di produzione. Come è noto è dalla stessa astratta *Rationalität* del sistema dei bisogni che scoppia la contraddizione della *plebe* e delle masse emarginate del lavoro, contraddizione che appare irrisolta nella società civile e che costituisce un pericolo di disgregazione per lo Stato. Le crisi che si manifestano in questo lato mobile della società civile non possono essere risolte con una gestione dall'alto secondo il centralismo dello Stato di polizia da Hegel spesso criticato, né essere lasciata alle spinte disgregatrici che in essa si esprimono. Ancora contro l'immagine di uno Hegel che si racchiude in un pacifico organicismo, si può ricordare come, da Jena alla matura *Rechtsphilosophie* egli sappia guardare alle contraddizioni irrisolte dell'epoca moderna, che lavorano nel senso della disgregazione dell'intero e dello Stato. Perciò la totalità organica dello Stato non è realtà empirica, ma appunto *Wirklichkeit*, cioè *Vernunftigkeit*: ciò che esprime il problema connaturato allo Stato moderno, con cui esso si deve confrontare per la sua stessa sussistenza.

Al di là della stessa forma della *konstitutionellen Monarchie*, il problema che Hegel lascia da pensare consiste nella impossibilità di dedurre la decisione politica da *rationellen und formellen Gründe* e nel fallimento del tentativo teorico di ridurla ad elementi oggettivi e formali, visto il suo indissolubile legame con l'individualità nella sua immediatezza personale. Questo motivo impedisce anche che essa si possa concepire come prodotto conseguente dell'organicità delle forze che si esprimono nella *Verfassung*, perché la decisione com-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

porta riduzione e taglio nei confronti della totalità. Di fronte a questo modo di intendere il prodursi dello Stato come individualità politica, che non avviene attraverso la forma della rappresentazione, al modo dei giusnaturalisti, la rappresentazione, come si è visto, viene ad esprimere la necessità della partecipazione dei singoli agli affari pubblici. In essa perciò vive il problema della difficile mediazione degli interessi delle diverse cerchie della società, che richiedono un loro sviluppo, ma nello stesso tempo presuppongono l'essere dello Stato con la tutela che esso offre, almeno finché dello Stato come unità politica di un popolo e garanzia dei diritti, sia ancora possibile o si voglia parlare.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La dimensione giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

CODIFICACION Y CONSTITUCION: PARADIGMAS DE UN BINOMIO

> So that it was of absolute necessity the whole fabric should be at once pulled down, and the area cleared for the erection of a theoric experimental edifice in its place?
>
> *Burke*

> Ce que rien n'effacera, ce que vivra éternellement, c'est mon Code civil.
>
> *Napoléon*

> Qui trouvera le mot qui doit expliquer ces anomalies?
>
> *Tocqueville*

1. *Preámbulo*: Diagnóstico y tratamiento. — 2. *Paradigma I*: Codificación inconcebible. — 3. *Paradigma II*: Codificación nonnata. — 4. *Paradigma III*: Codificación imprevista. — 5. *Paradigma n*: Codificación inviable. — 6. *Paradigma x*: Codificación incierta. — 7. *Paradigma 0*: Codificación ingenua. — 8. *Colofón*: Recuperación y reconstitución.

1. Es la Codificación un asunto que ha podido gozar de tanto predicamento en el mundo de la jurisprudencia como de postergación en el universo de la historiografía. En la propia historia del derecho de los paises de ordenamiento codificado *l'età delle codificazioni* ha tardado en llegar a tenerse por objeto de estudio propio y más todavía en venir a manejársele como *evento europeo* o de un espacio que realmente desborda unas fronteras internas (1). Había exposiciones que no impulsaban la investigación (2). Se partía

(1) Bruno PARADISI, *Apologia della Storia Giuridica*, Bologna, 1973, pp. 97-98.

(2) AA.VV., *The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century*, Boston, 1918 (rep. 1969), parte II: Alejandro Alvarez, Ivan Perich, Eugène Gaudemet, Icilio Vanni y Alfredo Rocco, *The Movement for the National Codification of Law*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del supuesto de la nacionalidad del derecho que recluía en espacios estatales (3). Sólo así, celebrándolo, se le contemplaba (4).

El descuido tampoco ha significado desprecio. La edad codificadora no se abordaba por una razón de presencia y respeto: era el puerto de arribada y la zona de descanso. Hay festejo de unos orígenes y acomodación en una cultura. La historia del derecho ha podido ofrecer clásicamente la apariencia de un largo viaje de las normas hacia el destino de una ordenación que tan sólo alcanzarían con la Codificación. A ella le debe ánimo y vida. Prácticamente dicha historia ha nacido por y para esta especie de reducción de su objeto (5). Era su signo. La forma codificada constituía historiográficamente el punto de llegada e intelectualmente el de partida. No cabía su identificación como presente en el que indagar y se producía su reconocimiento como pasado del que ocuparse (6).

Pero ¿en qué consiste la especie? ¿En qué, el signo y la forma?, ¿Qué es la Codificación? ¿Qué, los Códigos? Si comprendemos cualesquier aspiración y logro de recolección minimamente ordenada de documentos de alcance normativo, nos encontramos ante una historia tan dilatada como heterogénea. Aun circunscribiéndonos al espacio europeo y a los tiempos menos distantes bajomedievales y modernos, el mismo concepto así laxamente entendido se demuestra de una problemática, si no imposible, definición (7). Había de reducirse todavía más la materia para tenerse un objeto homogéneo (8).

---

(3) Georges RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, ed. Paris, 1948, cap. I-I: «La fabrication du droit nouveau»; cap. II: «L'héritage de la Révolution»; apartado final: «Défense du droit civil et de la civilisation française».

(4) *Le Code Civil, 1804-1904. Livre du Centenaire*, Paris, 1904 (rep. 1979).

(5) Paolo CAPPELLINI, *Systema Iuris*, Milano, 1984-1985; Horst HAMMEN, *Die Bedeutung Friedrich Karl von Savigny für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin 1983; Pio CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, en estos *Quaderni Fiorentini*, 9, 1980, pp. 69-111, número monográfico; Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979; Ernest-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgechichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, Berlin 1961.

(6) Sten GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala, 1960, cap. I: «Neuzeitliche Einfürung zur mittelalterlichen Problematik».

(7) Jacques VANDERLINDEN, *Le concept du Code en Europe occidental du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967.

(8) Mario E. VIORA, *Consolidazioni e Codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, ed. Torino, 1967.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ya parece una cuestión de cultura más específicamente moderna (9). Ahora se significa su voz (10); ahora conoce su despliegue (11). Entonces comienza su ciclo (12), de espacio en efecto europeo (13).

Fue cuestión de espacio aún superior y de tiempo incluso más contemporáneo (14). Temporalmente resulta ulterior a las revoluciones que han dado entrada a nuestro actual periodo histórico. Antes en concreto de la Revolución Francesa no había alcanzado existencia por parte alguna de Europa la misma forma de derecho que puede conferirle al Código su autoridad normativa: Ley constituyente (15). Y de contenido también se trata. Para ser norma extensa, que cubre un ordenamiento de materia, y articulada, que lo hace con coherencia, la Codificación también precisaba de un requisito sustantivo no menos moderno ni menos en sí revolucionario: Sujeto unitario (16).

A dichos efectos se necesitaban Revoluciones, esto es, en su dimensión normativa, Constituciones, o se precisaban más en particular Declaraciones de Derechos constitucionales; con las unas

---

(9) Gioele SOLARI, *Filosofia del Diritto Privato*, I, *Individualismo e Diritto Privato*, ed. Torino, 1959, cap. II: «La scuola del diritto naturale e la codificazione del diritto privato nel secolo XVIII».

(10) Vincenzo PIANO MORTARI, *Codice (premessa storica)*, en *Enciclopedia del Diritto*, VII, 1960, pp. 228-236

(11) Hans THIEME, *Das Naturrecht and die europäische Privatrechtsgeschichte*, ahora en su *Ideengeschichte un Rechtsgeschichte*, Köln, 1986, II, pp. 822-870, de 1947, anterior a la manualistica de *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit.*

(12) Franz WIEACKER, *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, en *Festschrift für Gustav Boehmer*, Bonn, 1954, pp. 34-50.

(13) Gerhard WESENBERG, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, ed. Gunter Wesener, Wien, 1985, sección V: «Die Naturrechtsschule», cap. 22: «Die Kodifikationen»; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, ed. Göttingen, 1967, cap. 19: «Die Naturrechtsgesetzbücher».

(14) (Erich MOLITOR y) Hans SCHLOSSER, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, ed. Heidelberg, 1979, cap. 2: «Naturrechtslehren und Aufklärung», par. III-2: «Naturrechtssystem und Kodification»; cap. 3: «Die grossen territorialen Kodifikationen», par. I: «Kodifikation und Rechtsstaat», respecto a unos mismos textos.

(15) Mario A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, cap. II: «La rivoluzoine francese», 1: «La teoria giuridica rivoluzionaria», 2: «La codificazione francese», 3: «Dall'ideologia giuridica della Rivoluzione alla filosofia del Codice Napoleone».

(16) Giovanni TARELLO, *Le ideologie della codificazione. Dal particolarismo giuridico alla codificazione napoleonica*, Genova, 1969, versión ampliada: *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

llegaría tal tipo de ley y con las otras dicha especie de sujeto. Solamente entonces la Codificación se define como objetivo ([17]); sólo ahora puede hacerlo. Ya las Constituciones más característicamente revolucionarias suelen históricamente traer, como capítulo de fundamento, su Declaración de Derechos: ley constituyente y sujeto unitario a un tiempo. El mismo planteamiento del Código sólo entonces en rigor resultaría plausible.

La ocupación del terreno sufre algún cambio. Del mismo modo que otras normas pretéritas, aun con la denominación de códigos, abandonan entonces el campo de la Codificación, hacen ahora en él su ingreso éstas actuales, Declaraciones y Constituciones o normas compuestas por ambas. Son piezas suyas: pilares de sustentación de su edificio y fuentes de impulso de su movimento ([18]). Esto ya interesa a los propios conceptos de partida ([19]). La Constitución es Código y semilla de Códigos. Sin ella no so definen. Puede ser *Codex* término añejo ([20]), pero *Code, Código, Codice, Kodifikation* en suma, resulta a su lado concepto bisoño ([21]). Ya debe la voz advertir la ambivalencia ([22]).

Y a los efectos espaciales no hay contracción, sino expansión. Si el tiempo de la Codificación se ha reducido, perdiéndose prehisto-

---

([17]) Helmut COING, *Allgemeine Züge der privatrechtlichen Gesetzgebung im 19. Jahrhundert*, en H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III-1, München, 1982, pp. 3-16, par. 1: «Kodifikation als Gesetzgebungsideal», aun con el desajuste de indice que diremos.

([18]) Dieter GRIMM, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung*, en dicho volumen del *Handbuch der Quellen und Literatur* dirigido por H. Coing, pp. 17-173.

([19]) Paolo UNGARI, *Per la storia dell'idea di Codice*, en *Quaderni Fiorentini*, 1, 1972, pp. 207-227.

([20]) Alejandro GUZMÁN, *Codex*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 10, 1985, pp. 107-144.

([21]) Mário REIS MARQUES, *O Liberalismo e a Codificaçâo do Direito Civil em Portugal*, Coimbra, 1987; Herbert HOFMEISTER (ed.), *Kodifikation als Mittel der Politik*, Wien, 1986; Carlo GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Bari, 1985; Victor TAU ANZOÁTEGUI, *La Codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977; Domenico CORRADINI, *Garantismo e Statualismo. Le Codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano, 1971; P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, 1967.

([22]) P. CARONI, *Kodifikation*, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 12, 1974, coll. 907-922.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rias, el espacio en cambio se extiende, ganándose continentes. Ingresa América. En la misma historia europea de los Códigos debería así ocupar un capítulo incluso principal, con su posición de arranque, el constitucionalismo norteamericano: *la codificazione costituzionale in America* [23]. La Revolución no era sólo la francesa: es simplemente la constitucional. Ya se expresa por la Constitución y se encierra en ella, con una historia que así en su caso podrá ir desde la Declaración de Derechos hasta la Codificación.

Las perspectivas del capítulo ya se alteran. O pueden no hacerlo todavía. Puede considerarse la Codificación un asunto intemporal [24], diluirse en una larga temporalidad [25], plantearse en tiempos medievales [26], resistir en los modernos no contemporáneos [27], aparecer como transición entre los unos y los otros [28], encontrarse extrañada de su específico tiempo revolucionario [29] ..., puede resistir en retirada el paradigma historiográfico de un presente sin identidad y con reconocimiento. Queda toda la tarea de reconstruir-

---

[23] Paolo COMANDUCCI, *La costituzionalizzazione americana: un capitolo nella storia della cultura giuridica europea*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 17, 1987, pp. 441-468, siendo la expresión el epígrafe del capítulo correspondiente de la *Storia* de G. Tarello, último al que en ella llegara.

[24] Csaba VARGA, *Utopias of Racionality in the Development of the Idea of Codification*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1979, Beiheft 11, *Law and the Future of Society*, pp. 27-41, con las referencias de sus titulos en húngaro: «Formas primitivas de codificación en el desarrollo jurídico de la Antigüedad». «Fenómenos codificatorios en el desenvolvimiento medieval del derecho», «Tendencias codificatorias en la edad del Absolutismo ilustrado», «Nacimiento del tipo clásico de codificación en Francia» y «Formación de una clase nueva socialista de codificación».

[25] A. GUZMÁN, *La fijación del Derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, 1977.

[26] Armin WOLF, *Legislación y Codificaciones*, en *Revista de Estudios Historico-Juridicos*, 9, 1984, pp. 81-109 (= AA.VV., *Die Renaissance der Wissenscheften im 12. Jahrhundert*, Zürich, 1981, pp. 143-171).

[27] A. GUZMÁN, *Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50, 1980, pp. 851-890.

[28] Carlo Augusto CANNATA (y Antonio GAMBARO), *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea*, II, ed. Torino, 1989, cap. 12: «Il diritto della ragione e le codificazioni giusnaturalistiche».

[29] P. UNGARI, recensión de B. Paradisi (ed.), *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, 1977, en *Quaderni Fiorentini*, 5-6, 1976-1977, II, pp. 941-954, observándolo en general y más particularmente respecto a Guido ASTUTI, *La Codificazione del Diritto civile* (II, pp. 847-890).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se esta historia mediante su particular y concreta secuencia: Revolución, Declaración, Constitución y Códigos.

No es sólo cuestión de índice. Ya no se trata de un asunto más bien técnico de sistematización y concreción de la norma, sino de un extremo más sustantivo de concepción y entidad del derecho. La codificación que ha querido encontrarse en otros tiempos constituía un imposible histórico por las mismas características de unas sociedades: estructura sectorializada de su orden y carácter jurisprudencial de su ordenamiento, frente a lo que vino a definirse el Código ([30]). En él podría cifrarse la misma Revolución constitucional. Cabida no tenía en dicho panorama pretérito ([31]). Los esfuerzos desplegados sin el requisito de la Revolución ya podrían históricamente encontrarse con los límites de unas determinadas deficiencias: tanto de sujeto articulador constante como de capacidad normativa incontrastable ([32]). El lastre pudo en su supuesto pesar ([33]). Sólo la superación daba en cambio paso al cumplimiento de la operación, aun pudiéndose también antes hablar de códigos, no exactamente de Codificación ([34]).

La base es el sujeto que pudiese concebir y respecto al que pudie-

([30]) H. COING, *Europàisches Privatrecht (1500-1800)*, München, 1984, pp. 78-79: «Die Kodifikationsbewegung», en contraposición a pp. 85-126: «Die Rechtsquellen»; Adriano CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1979, cap. II-III: «Le consolidazioni e le ultime vittorie del Diritto Comune»; Luigi LOMBARDI, *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, Milano, 1969, pp. 201-209: «Radice dell'idea di Codice».

([31]) Gerhard IMMEL, *Typologie der Gesetzgebung des Privatrechts und Prozessrechts*, pp. 79-82, en H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur*, II-II, 1976, pp. 3-96.

([32]) Gerhard DILCHER, *Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz*, en *Der Staat*, 27, 1988, pp. 161-193; Mario DA PASSANO, *La Leopoldina è un codice moderno?*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 17, 1987, pp. 468-478; Mirella MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile nello Stato Pontificio*, Roma, 1987, pp. LIV-LXIX; Reiner SCHULZE, *Geschichte der neueren vorkonstitutionellen Gesetzgebung. Zu Forschungstand und Methodemfragen eines rechtshistorischen Arbeitsgebietes*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (*Germanistische Abteilung*), 98, 1981, pp. 157-235; Raffaele AJELLO, *Arcana iuris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, 1976, pp. 27-108.

([33]) Gertrude LÜBBE-WOLFF, *Das wohlerworbene Recht als Grenze der Gesetzgebung im neunzehnten Jahrhundert*, en la susodicha *Zeitschrift* (*Germ. Abt.*), 103, 1986, pp. 104-139; Heinz MOHNHAUPT, *Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 18. und 19. Jahrhundert*, en *Ius Commune*, 5, 1975, pp. 71-121.

([34]) Walter WILHELM, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert* en *Ius Commune*, 1, 1967, pp. 241-270.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ra predicarse la norma. Sólo entonces puede propiamente pasarse del significado estatuído al estatuyente (35). No son dos dimensiones distintas de un fenómeno, sino una doble vertiente de su característica más definitoria: el establecimiento del sujeto, frente a las sociedades sectorializadas requiere norma constituyente y este valor de la ley, frente a los ordenamientos jurisprudenciales, se hace pensable y factible por la misma posición fundacional del sujeto. Aquí, la Revolución. Sobre ello se formarán los Códigos que merecen la mayúscula. Esto es lo que traían precisamente las Revoluciones o más estrictamente, con sus Declaraciones, las Constituciones, ellas mismas primeros Códigos. Definitivamente la Codificación sería obra del *grand jurisconsulte que s'appelle la Révolution* (36).

Pero hay dificultades. La simple concepción de la idea de Código parece más laboriosa, no constatándose su formación tanto en tiempos revolucionarios como en la época napoleónica, con el mismo advenimiento del Código civil; antes no se concebiría su capacidad de fundación legislativa del ordenamiento, con todo su alcance derogatorio, sobre sus nuevas bases (37). Y las bases mismas, bien miradas, tampoco resultarían siempre tan novedosas (38). Pudo el Código ser más epigonal de una cultura moderna que inaugurativo de la contemporánea (39). Sus orígenes ya serían más de tracto doctrinal que de provocación revolucionaria (40).

---

(35) Riccardo ORESTANO, *Norma statuita e norma statuente. Contributo alle semantiche di una metafora*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 13, 1983, pp. 313-350.

(36) Monsieur SEVIN, *Etude sur les origines révolutionnaires des Codes Napoléon*, Paris, 1879, p. 141.

(37) Ugo PETRONIO, *Una categoria storiografica da rivedere*, en *Quaderni Fiorentini*, 13, 1984, pp. 705-717, refiriéndose a la de Código.

(38) Paolo GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, pp. 416-419, en *Quaderni Fiorentini*, 17, 1988, pp. 359-422; Jean-Michel POUGHON, *Histoire docrtinal de l'échange*, Paris, 1987, pp. 108-110; Andrè CASTALDO, *L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil: «Le maître est cru sur son affirmation»*, en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 55, 1977, pp. 211-237.

(39) Indice del *Handbuch der Quellen und Literatur* dirigido por H. Coing: el *Code civil* no se incluye en la sección que comienza con sus páginas de «la Codificación como ideal» y el capítulo constitucional también citado de D. Grimm, sino en la anterior, conforme a la línea ya consolidada de la *Privatrechsgeschichte der Neuzeit*, en un volumen aún por aparecer, como parte de la Ilustración: W. WILHELM, *Aufklärerische Sozialkritik und Kodifikationsbewegung*.

(40) André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El propio nexo constitucional no puede decirse que fácilmente resalte; el Código civil mismo presentaría formas de discriminación de sujetos no sólo ancladas en otros tiempos, sino también propias de los suyos nuevos ([41]). Esto podría además ya encerrarse en el proyecto teórico, y no sólo en la realización práctica, de la Codificación ([42]). Su mismo inicio en Europa se considera si puede antedatarse a Códigos constitucionales, elevándosele en el XVIII ([43]), o incluso al XVII ([44]). Pudo haber Codificaciones que, respondiendo a planteamientos cercanos, no siguieron a Revolución ([45]). Unos y otros Códigos compartirían un mismo terreno de juego ([46]). Y podrá luego dependerse más de digestión doctrinal que de alimentación constitucional ([47]). El panorama se descompone. O en

---

([41]) A.J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973.

([42]) Pietro COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I, *Da Hobbes a Bentham*, Milano, 1974, pp. 245-263 y 327-389.

([43]) Claes PETERSEN, *Das schwedische Gesetzbuch von 1734: Ein Gesetzbuch mittelalterlicher Tradition oder reformerischer Aufklärungskodifikation?*, en H. Mohnhaupt (ed.), *Revolution, Reform, Restauration. Formen der Veränderung von Recht und Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 91-121; Wolfgang WAGNER (ed.), *Das schwedische Reichsgesetzbuch (Sveriges Rikes Lag) von 1734. Beiträge zur Entstehung— und Entwicklungsgeschichte einer vollständigen Kodifikation*, Frankfurt am Main, 1986.

([44]) W. WAGNER, *Las cinco etapas del desarrollo de la legislación europea a la luz del ejemplo de Dinamarca*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 10, 1985, pp. 177-223 (= AA.VV., *Danske og Norske Lov i 300 år*, Kobenhavn, 1983, pp. 207-254), cap. IV: «El Código danés de Cristián V como inicio de un movimento paneuropeo de Codificación»; Ditlev TAMM, *The Danish Code of 1683. An Early European Code in an International Context*, en *Scandinavian Studies in Law*, 28, 1984, pp. 163-180.

([45]) G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica*, pp. 485-536; Heinrich STRAKOSCH, *Privarechtskodifikation und Staatsbildung in Oesterreich (1753-1811)*, ed. München, 1976; Reinhart KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, ed. Stuttgart, 1975.

([46]) Gerd KLEINHEYER, *Aspekte der Gleichheit in den Aufklärungskodifikationen und den Konstitutionen des Vormärz*, en *Der Staat*, 1980, Beiheft 4, *Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit*, pp. 7-31; *Ius Commune*, 7, 1978, pp. 160-225: H. COING, *Rechtsvergleichung als Grundlage von Gesetzgebung im 19. Jahrhundert*, y Barbara DÖLEMEYER, *Einflüsse von ALR, Code civil und ABGB auf Kodifikationsdiskussionen und —projekte in Deutschland.*

([47]) H. COING y W. WILHELM (eds.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1974-1982; *Studi Sassaresi*, V, 1981:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

su aspecto normativo no acaba realmente de componerse ([48]). Todavía por fortuna nos queda trabajo ([49]).

El engarce del primer constitucionalismo codificado, el norteamericano, ya presenta también sus dificultades. Si fue un capítulo cardinal de la Codificación misma, ¿por qué en sus propias latitudes no se hizo por proseguírsele? ¿Cómo pudo entonces interesar al movimento codificador, y no sólo constitucionalista, europeo? ¿Qué lugar realmente le corresponde en la génesis y conformación de un fenómeno como el de la Codificación? ¿Y qué sentido encierra una opción tan limitadamente codificadora? ¿Qué razones en cambio llevan a la concepción y realización del Código civil en otras latitudes constitucionales? ¿Hasta dónde alcanza la diferencia? No son cuestiones menos primigenias porque más desatendidas permanezcan.

Pero la historiografía ya ofrece, no sólo una posibilidad de diagnóstico, sino también una base de tratamiento. Su paradigma ha cambiado. Ya no es la Codificación un objeto exterior, perteneciente al derecho, que puede proporcionarle su método. Constituye una materia propria, comprendida en la historia, que debe plantearle su problema. Y no deja de ser un asunto sustantivo, interesante todavía al ordenamiento. Cómo, de qué manera, en qué grado y con qué alcance, es ahora una cuestión de competencia historiográfica e importancia jurídica. Contemplemos sus paradigmas: no los reflejos de la historiografía, sino los matrices del derecho. El paciente no es la primera, sino el segundo.

No nos ocupa exactamente la historia. No la hemos hecho de la historiografía ni vamos a hacerla de la Codificación. Acudimos a la consideración, no de sus casos, sino de sus paradigmas. Y no hay supuestos especialmente paradigmáticos. Todos lo son. Cualquiera de ellos encierra su significación. Un par resulta de más conveniente

---

Sandro SCHIAPANI (ed.), *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latino-americano*.

([48]) John GILISSEN, *Revolutions et Droit au XIX^e siècle en Europe*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 54, 1986, pp. 335-352; Michael E. TIGAR y Madelaine R. LEVY, *Law and the Rise of Capitalism*, New York 1977; F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main, 1974; Jean MAILLET, *Codifications napoléoniennes, développment économique et formation de la société française capitaliste*, en *Quaderni Fiorentini*, 2, 1973, pp. 111-145.

([49]) A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano, 1983, alcanzando al tema, cap. XI: «Il fenomeno della codificazione».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contemplación: el norteamericano y el francés. Algún otro añadido, en concreto el español, tampoco se colaciona por el interés que pueda revestir particularmente su caso. No hay más motivo que el de completar la perspectiva de una cuestión actual y general. La historia ha sido su campo de pruebas y es su laboratorio. No hay otro terreno para el derecho ([50]). Y es el espacio para su historiografía ([51]).

Y podemos arrancar con un concepto bien concreto, ya rendido por la historia: es el Código un tipo de norma que puede, contando con un carácter legislativo, fundar la regulación de una materia y, partiendo de un sujeto unitario, cubrirla en toda su extensión sin detrimento de su propria articulación interna. Todos tendemos a retrotraer la idea ([52]), pero, con una precisión tal, antes del tiempo constitucional realmente no se le encuentra. Los mismos paradigmas de la Codificación comenzarán a definirse en relación con el concepto de Constitución, resulte o no Código primario.

> Not only was the courthouse finished, but the jail too: not a new jail of course but the old one veneered over with brick, into two storeys, with white trim and iron-barred windows: only its face lifted, because behind the veneer were still the old ineradicable bones, the old ineradicable remembering.
>
> *William Faulkner y Albert Camus*

2. De entrada empero no parece que la idea de Constitución guardase especial relación con la de Código. No nos elevemos por la prehistoria europea en la que pueden con facilidad perderse los mismos conceptos esenciales que ahora habrán de suscitarse ([53]). Si-

---

([50]) R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, ed. Bologna, 1987, pp. 9-14 y 571-574, más la caída emblemática de un calificativo en el título: R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*.

([51]) Francisco Tomás y Valiente, *La historiografía jurídica en la Europa continental (1900-1975)*, pp. 457-458, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 5, 1978, pp. 431-467, anunciándose ahora reunión de trabajos de espacio español: F. Tomás y Valiente, *Códigos y Constituciones (1808-1978)*.

([52]) B. Clavero, *La idea de Código en la Ilustración jurídica*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88. Ahora recapacito en base también a otros trabajos personales a los que haré referencia.

([53]) H. Coing, *Zur Vorgeschichte der Kodifikation: die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert*, en B. Paradisi (ed.), *Formazione del diritto moderno in Europa*, II, pp. 797-817.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuémonos en el arranque norteamericano, y tampoco para contemplar una historia, sino para mirar a un vacío. Aunque no sea un buen tratamiento del pasado, conviene un retrato en negativo. ¿Por qué, sentándose sus cimientos, faltó allí la misma idea de Código? ¿Era tan inequívocamente la Constitución su base?.

Las colonias norteamericanas se encontraban con un derecho especialmente plural y disperso. Proceden a Declaraciones de Derechos, establecen Constituciones y no se plantean siquiera la necesidad de codificarse enteramente el ordenamiento. No la sintieron. Como esta posibilidad había de venir de los propios presupuestos constitucionales, deberá mirárseles para entender el planteamiento. Pues del Constitucionalismo no siempre va a derivarse la Codificación, habrá de mirarse desde este primer momento no sólo al género, sino también a la especie.

Las Declaraciones de Derechos ya comenzaban por ser propiamente tales a los mismos efectos que pueden requerirse para el advenimento de la Codificación; partían del presupuesto de un sujeto que, aunque no fuera universal, bastaba para su propria adjudicación inicial y básica de unos Derechos; podría también hacerlo para la formación de Códigos. Y estas Declaraciones dieron causa a unos primeros, los políticos; son el fundamento de unas Constituciones aun en el caso más relevante y complejo que como Declaración representan las primeras Enmiendas, cronológicamente ulteriores, de la federal ([54]). Son los signos que nos importan de una Revolución, la que nos interesa ([55]). Por deficiencia de sujeto no faltaría el Código.

Puede discutirse hasta qué punto se trataba en esta Revolución constitucional de un sujeto restringido a la ciudadanía de un territorio y además socialmente limitado ([56]), pero, como se sabe y veremos, tampoco será más universal el de la Codificación. De la exclusión india a la esclavitud negra, la discriminación abundaría ([57]), pero ya se

---

([54]) Leonard W. LEVY, *Constitutional Opinions. Aspects of the Bill or Rights*, Oxford, 1986, pp. 105-134; Bernard SCHWARTZ, *«The Great Rights of Mankind». History of the American Bill of Rights*, New York, 1977, pp. 119-159.

([55]) Nicola MATTEUCCI, *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bologna, 1987, pp. 13-170.

([56]) Richard HOFSTADTER, *The Progressive Historians. Turner, Beard, Parrington*, New York, 1968, pp. 480-482.

([57]) Jack P. GREENE (ed.), *The American Revolution. Its Character and Limits*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ha producido la posición constituyente del individuo. Podrá también afirmarse como sujeto genérico, *Rights of man* no sólo masculino: *Righs of Mankind*, igual que los de la misma Revolución Francesa ([58]). No podía ser de otro modo: eran *natural Rights*, concebibles por sentido o razón humana común ([59]). Y la limitación cabía. Bastaba con un sujeto humano titular de los Derechos y así virtualmente de todo el predicado de un ordenamiento. Esta virtualidad, pese a sentarse su supuesto, es la que aquí no se despliega, quedando ceñida a la Constitución.

No se entendió esto como una interrupción; no pareció un cortocircuito. La cuestión no es que faltasen los Códigos, sino que ni siquiera la prosecución se considerase. La misma sugurencia de una Codificación integral podrá resultar aquí, al recibirse, una especie de extravagancia ([60]). Si se había fundado el sistema jurídico en Consitución, ¿cómo no seguía la necesidad de rehacerse el ordenamiento entero? Si ya se habían producido estas nuevas especies de leyes, de normas fundamentales debatidas y acordadas políticamente, ¿cómo no se proseguía fundando legislativamente todo el sistema? La idea de Código no comparece, pero ya efectivamente se sentaban algunos presupuestos: una fundación mediante leyes del ordenamiento. ¿Por qué un programa de Codificación no se hacía entonces presente y preciso?

Miremos a la ley, cuestión desde luego primaria en este arranque constitucional. Comenzó con una reacción frente a leyes o frente al

---

New York, 1987, pp. 197-223 y 230-252 y 253-275: James H. MERREL, *Declarations of Independence: Indian-White Relations in the New Nation*, Sylvia R. FREY, *Liberty, Equality, and Slavery: The Paradox of the American Revolution*, Elaine F. CRANE, *Dependence in the Era of Independence: The Role of Women in a Republican Society.*

([58]) Gerald STOURZH, *Die Begründung der Menschenrechte im englischen und amerikanischen Verfassungsdenken des 17. und 18. Jahrhunderts*, en E.W. BÖCKENFÖRDE y Robert SPAEMANN (eds.), *Menschenrechte und Menschenwürde*, Stuttgart, 1987, pp. 78-90; Jürgen SANDWEG, *Rationales Naturrecht und revolutionäre Praxis. Untersuchungen zur «Erklärung der Menschen— und Bürgerrechte» von 1789*, Berlin, 1972, pp. 24-81; D. GRIMM, *Europäisches Naturrecht und Amerikanische Revolution. Die Verwandlung politischer Philosophie in politische Techne*, en *Ius Commune*, 3, 1970, pp. 120-151.

([59]) Thomas PAINE, *Common Sense, addressed to the Inhabitants of America*, ed. Isaac Kramnick, London, 1976, *Rights of Man, being an Answer to Mr. Burke's Attack on the French Revolution*, ed. Henry Collins, London, 1969.

([60]) H.L.A. HART, *The United States of America*, ahora en sus *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982, pp. 53-78, especialmente 76-78.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mismo procedimento de establecerlas ([61]), sin representación en concreto de los afectados. Dicho en términos positivos, comienza con un exigencia de formación representativa de la norma jurídica. Se impugnaban leyes que eran parlamentarias, pero de un parlamento de la metrópolis, sin representación. Mas no sólo desde un inicio se trataba de la cuestión representativa. Se conocía y asumía como institución legislativa el Parlamento. Pero si éste fuera el único elemento constitucional en cuestión, ya hubieran podido los parlamentos propios, tras la respectiva Constitución, afrontar la Codificación. Hay algo más, que negativamente le interesa. Convendrà retenerlo: para la determinación del derecho no sólo opera el principio representativo de actuación parlamentaria ([62]).

Había otras cuestiones constitucionales desde un primer momento. Para forzar leyes, el parlamento de la metrópolis intentaría modificar el orden de la justicia en las colonias. Como el procedimiento regular del jurado ofrecía en particular un obstáculo, no faltaron medidas para obviarlo. Hubo acuerdos parlamentarios de un lado para modificar el ordenamiento judicial en el otro. Fueron aquí rechazados y atacados no sólo por su deficiencia representativa, sino también, y sobre todo, por considerarse que afectaban a unos Derechos primarios. Las leyes de materia judicial que los conculcaren serían de raíz aún más ilegítimas. Por encima de ley, de cualquier ley, se afirmaba una justicia ([63]).

Mirémosla también, que no será ajena tampoco en otros casos. Prehistorias siempre aparte, se trata del tipo de justicia que por estos pagos se conocía y de la forma sobre todo como entra en su planteamiento constitucional. Está, además del Parlamento, el Jurado, otra institución de interveción ciudadana, de una significación entonces difícil de apreciar hoy incluso en la misma Norteamérica. Dejemos que los propios protagonistas se expliquen; hubieron de hacerlo por

---

([61]) J.G.A. POCOCK, *1776: The revolution against Parliament*, ahora en su *Virtue, Commerce and History. Essays on Political Thought and History*, Cambridge, 1985, pp. 73-88.

([62]) Akhil REED AMAR, *Of Sovereignty and Federalism*, pp. 1429-1466, en *The Yale Law Journal*, 96, 1987, pp. 1425-1520; Giuseppe BUTTÀ, *Sovranità e rappresentanza. Le convenzioni costituzionali negli Stati Uniti, 1776-1787*, en *Il Pensiero Politico*, 19, 1986, pp. 329-347.

([63]) John-Phillip REID, *Constitutional History of The American Revolution. The Authority of Rights*, Madison, 1986, pp. 47-64 y 177-183.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

existir colonias británicas de cultura distinta a la inglesa de Parlamento y Jurado. Véase el texto bien ilustrativo del mensaje dirigido en 1774 a la población francesa de Quebec por el Primer Congreso Continental ([64]). Se le explican unos principios constitucionales: el primero es el representativo, con la institución del Parlamento; el segundo resulta el judicial, con la del Jurado, que precisamente también arraigará en Quebec ([65]).

Interesa el argumento: «The first grand right is that of the people having a share in their own government, by their representatives chosen by themselves, and in consequence of being ruled by laws which they themselves aprove»; hay una primera base constitucional de indole representativa a efectos como el del propio establecimiento mediante leyes del derecho. Y del mismo orden constitucional es el capítulo que sigue: «The next great right is that of trial by jury. This provides that neither life, liberty nor property can be taken from the possessor until twelve of his unexceptionable country men and peers of his vicinage... shall pass their sentence upon oath against him", lo cual encierra su razón no sólo de garantía individual: «a sentence that cannot injure him without injuring their own reputation and probably their interest also; as the question may turn on points that, in some degree, concerne the general welfare; and, if it does not, their veredict may form a precedent that, on a similar trial of their own, may militate against themselves». El derecho resulta que no sólo se determina mediante ley por Parlamento. Hay otra base constitucional de participación más directa al mismo efecto normativo: la vecinal del Jurado.

Adviértase todo lo que se refleja y sobreentiende. La institución del Jurado es una forma de determinación del ordenamieno y no sólo de garantía de Derechos. También es costitucionalmente esto por supuesto; así aparecería en 1787 en la misma Costitución federal, como procedimiento penal, aunque su juego ya esté más ampliamente asegurado por algunas Constituciones estatales y venga más generalmente a estarlo en 1791 por las primeras Enmiendas federales. Se

([64]) Richard L. PERRY (ed.), *Sources of Our Liberties. Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, ed. Chicago, 1978, pp. 284-285.

([65]) Graham PARKER, *Trial by Jury in Canada*, en *The Journal of Legal History*, 8, 1987, pp. 178-189; Henri BRUN, *La formation des institutions parlamentaires québécoises, 1791-1938*, Québec, 1970.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decía en la séptima: «In suits at common law... the right of trial by jury shall be preserved» (66). Es un principio procesal que ahora se hace Derecho constitucional. Por ello también como procedimiento puede entenderse elevado a la Constitución orgánica.

Interesa no sólo lo primero, la garantía procesal, sino también lo segundo, el procedimiento constitucional. Es lo que primariamente ahora importa. Para la propia determinación del derecho no se manifiesta una menor confianza en el veredicto jurisdiccional que en la ley parlamentaria: en unos jurados de selección de tipo más aleatorio que en unos disputados de elección de carácter más deliberado. Ambas vías conjuntamente operan. No faltan posiciones más afirmativas de la legislación, con reservas políticas ante el Jurado, pero la propia realidad constitucional de base, estatal y no sólo federal, salva de la tentación, aun en pensamiento, de la Codificación (67).

Desde una perspectiva precisamente europea, con el contraste que desde luego veremos, ya pudo todo ello también entonces apreciarse. El Jurado norteamericano podría en concreto distinguirse como una institución sustantivamente constitucional, y no sólo procedimentalmente judicial, de directa manifestación y eficiente educación de una sobernía y libertad ciudadanas: «Il touche alors à tous les intérêts; chacun vient concourir à son action; il pénètre ainsi jusque dans les usages de la vie; il plie l'esprit humain à ses formes et sae confond pour ainsi dire avec l'idée même de la justice;... il répand dans toutes les classes le respect pour la chose jugée et l'idée du droit». En suma y en principio: «Le jury, qui est un des modes de la souveraineté du peuple, doit être en rapport avec les autres lois qui établissent cette souveraineté», como la viceversa que estamos contemplando (68). Especialmente difícil es apreciarlo hoy desde otra cultura constitucional.

---

(66) Charles W. WOLFRAM, *Constitutional History of the Seventh Amendment*, en *Minnesota Law Review*, 57, 1973, pp. 639-747; Edith G. ENDERSON, *The Background of the Seventh Amendment*, en *Harvard Law Review*, 80, 1966, pp. 289-337.

(67) Paul W. KAHN, *Reason and Will in the Origins of American Constitucionalism*, pp. 453-473, en *The Yale Law Journal*, 98, 1989, pp. 449-517; James Willard HURST, *Alexander Hamilton, Law-Maker*, pp. 489-500, en *Columbia Law Review*, 78, 1978, pp. 483-547; A. HAMILTON (John JAY y James MADISON), *The Federalist*, 83, 1788, ed. Edward Mead Earle, New York, 1937, pp. 538-555.

(68) Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, ed. J.P. Mayer, Paris, 1961, I, pp. 282 y 285-286.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Con este alcance sustancial de una justicia, la legislación ya puede conocer unos precisos límites constitucionales, pudiendo resultar judicialmente revisable ([69]). No era éste tampoco claramente el planteamiento de partida de la Consitución federal; facultaba al Congreso para la creación de tribunales federales sin el requisito del Jurado salvo en materia penal y declaraba *Supreme Law of the Land*, junto a ella misma, a la legislación emanada del propio Parlamento federal. Pero hay una base y habrá una secuela. El presupuesto de aquellos constitucionalismos estatales que partían de los Derechos con comprensión del Jurado y la adopción como planteamiento propio de este misma concepción por las primeras Enmiendas federales, una y otra cosa conducen a la consecuencia.

No toda la justicia es Jurado, pero ninguna queda prácticamente supeditada de forma incondicional a Ley. La propia jurisprudencia podría subrayar enseguida la idea de quo la principal razón de una Constitución radica en una limitación del Poder legislativo que a su vez requiere capacitación de la Justicia ([70]). Y no hay reparos respecto al principio: «By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the Legislative authority... Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice... Without this, all the researvations of particular rights or privileges would amount to nothing». Están en juego los mismos Derechos ([71]).

Y hay algo más, de alcance todavía superior. Es también, o es antes, que el propio derecho puede determinarse sin necesidad de norma política a través de una justicia de base no menos ciudadana; por esta vía podrá efectivamente desenvolverse el ordenamiento, además de por la legislativa ([72]). La misma relajación colonial de la cultura

---

([69]) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, New York, 1986, pp. 39-89.

([70]) John V. ORTH, *The Judicial Power of the United States. The Eleventh Amendment in American History*, New York, 1987, pp. 30-46; David P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court, 1789-1888*, Chicago, 1985, pp. 66-74.

([71]) A. HAMILTON, *The Federalist*, 78, 1788, ed. cit., pp. 502-511 (p. 505).

([72]) Morton J. HORWITZ, *The Trasformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge (Massachusetts), 1977; William E. NELSON, *Americanization of the Common Law. The Impact of Legal Change on Massachusetts Society, 1760-1830*, Cambridge (Mass.), 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jurídica abría en la justicia posibilidades a la determinación del ciudadano común; el corporativismo judicial y forense de la metrópolis no había emigrado a las colonias ([73]). Con esta forma segunda, o incluso primera, aquí ya inequívocamente constitucional de determinación del derecho, ¿existe lugar para el Código? ¿Cabe plantearse entonces la necesidad de la Codificación?.

El proprio Jurado es un Derecho, principio indisponible por el mismo Parlamento: «I have a right to nothing which another have a right to take away, and Congress will have a right to take away trials by jury in all civil cases» ([74]), por resultas del silencio de la Constitución federal, no ya a tenor de las inmediatas Enmiendas. Queda afirmado como tal Derecho y no sólo como una garantía procesal y penal: *The right of trial by jury*. Se afirma como realidad dada, pero no de derecho sustantivo, sino de carácter procesal que ahora pueda devenir procedimento constitucional: *In suits at common law*. Puede garantizar más consustancialmente el propio ejercicio de la libertad tanto como ofrecer un medio de determinación ciudadana más directo que el de la misma legalidad parlamentaria.

Y esto trae sus consucuencias: es originalmente más soberano el Jurado que el Parlamento. Hay límites constitucionales al mismo planteamiento, y no sólo al ejercicio, de la legislación. Recuérdese el comienzo de las Enmiendas federales, que es decir de la Declaración de Derechos federal: «Congress shall make no law» acerca de determinadas libertades. Ni siquiera la norma constitucional puede encerrarlas: «The enumeration in the Constitution of certain Rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people», como expresaban las mismas Enmiendas. ¿Podía pensarse en un Código?.

¿Cabía la idea codificadora en este orden constitucional? ¿Requería la Constitución una codificación? Realmente en otros casos ya se sabe que expresamente incluso la reclamará, pero entonces esto habrá de constituir un problema y no una consecuencia. Como tal ya habremos de considerarlo, no dando por pacifico el nexo. Unos interrogantes habrán de abrirse. Y algo queda establecido: el

([73]) Stephen BOTEIN, *The Legal Profession in Colonial North America*, en Wilfrid PREST (ed.), *Lawyers in Early Modern Europe and America*, London, 1981, pp. 128-146.

([74]) Thomas JEFFERSON, *Letter to James Madison* (20-XII-1787), en Saul K. Padover (ed.), *The Complete Jefferson*, New York, 1943, pp. 120-123 (p. 121).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Código cabrá difícilmente en un sistema regido por el reconocimiento efectivo de Derechos; no parece que quepa con facilidad entonces un poder legislativo de este alcance. Si Declaración es Consitución, mal entra acto seguido Codificación.

> Il sera établi dea fêtes nationales pour conserver le souvenir de la Révolution française, entretenir la fraternité entre les citoyens, et les attacher à la Constitution, à la Patrie et aux lois. Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume.
>
> *Constitution 1791*

3. En Francia parece que se pensó pronto en ello. Ya se estaría pensando en 1791 cuando a la otra orilla del Océano se ultimaba la ratificación de las primeras Enmiendas: «Congress shall make no law...». En este año la Constitución francesa ya lo reclamaba: «Il sera fait un Code de lois civiles». *Congress shall make a Code.* ¿Qué se requería exactamente? ¿Se pedía la Codificación? ¿Ya así cabía para esta primera Constitución de otro continente?.

El término de código no era todavía el concepto de Código. No existía la nueva realidad que nombrar. Los *Rights of Man* ya son también los *Droits de l'Homme*; la Revolución Francesa ha podido tener modelos de Norteamérica para idear y producir Declaración de Derechos y Constitución ([75]), pero no cuenta con nada similar para una Codificación. Cuenta con otra especie de ejemplos: normas de otro tipo que Códigos también se dicen. Es lo que aquí expresa todavía en sí la palabra, significándose tan sólo un libro de derecho ordenado. Pueden existir ya los elementos que habrán de configurar la categoría, pero la confluencia aún no se ha producido en la voz de *código* ni en término otro alguno ([76]).

La palabra tampoco está sola. Se encuentra en una Constitución y en su título primero de «Dispositions Fondamentales» que también contiene Declaración de Derechos y proclamación abolitoria de instituciones contrarias. Aquí puede estar la novedad. Por este

([75]) *Droits. Revue française de théorie juridique*, 8, 1988, monográfico sobre la Declaración de 1789; Stéphane RIALS (présentation), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1988; J. SANDWEG, *Rationales Naturrecht und revolutionäre Praxis*, pp. 157-247.

([76]) G. TARELLO, *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*, ahora en su *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, pp. 41-60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mismo contexto el propio término de código puede estar encerrando más que lo entendido entonces en su simple y mero vocablo. Expresiones en sí tan vagas y añejas como Declaración y Constitución ya significaban documentos muy precisos y actuales: de reconocimiento de libertades y de ordenación política consiguiente. ¿Qué ejemplo en cambio se tiene para la nueva acepción de Código si a ella realmente ya se apunta?

Sin la palabra, la idea pudo ser temprana. La misma Declaración primera de Derechos ya contenía en 1789 conceptos que podían encerrarla. Su supuesto de partida no cabe decirse que mirara a una reducción tal del ordenamiento a ley. Se trataba de reconocer como anteriores a ella unos Derechos, no dependientes ni identificables así con la ley misma: «droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme» con los que, como finalidad de toda asociación politica, habrán de contrastarse los mismos actos del poder legislativo y no sólo del ejecutivo: «afin qui cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous». La ley no iba a ser exactamente el derecho. El planteamiento de entrada es análogo en esto al norteamericano.

Pero, por requerimiento de los mismos Derechos, la Declaración ya también entendía que la ley tenía que ser objeto de renovación y reducción. Conforme al propio principio de que «le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme», debería toda ley y la ley toda colocarse al servicio de la libertad. «La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuits pas à autrui: ainsi, l'exercise des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autre membres de la société la juissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être determinées que par la loi. La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contrait à faire ce qu'elle n'ordonne pas. La lois est l'expression de la volonté générale». Es un nuevo concepto y una nueva ca-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pacidad de la ley que más ampliamente interesará a este otro continente (77).

Y la ley ante todo se caracteriza por razón más de contenido que de forma, habiendo de responder a unos determinados principios. De la primacía como tales de los Derechos ya proviene para la misma Declaración un imperativo constitucional de *séparation des pouvoirs* o distinción limitable y contrastable del propio poder legislativo: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution». Es el principio de constitución política que vendrá también a resultar de un interés más dilatadamente continental (78).

Puede discutirse la relación entre Declaraciones americanas y europeas (79), pero una importante diferencia aquí ya asoma. La novedad esencialmente radica en el propio concepto de ley y en las razones por las que va adquiriendo una exclusividad como expresión del derecho: las leyes se conciben como el medio de la realización consecuentemente unitaria de unos Derechos de posición no discriminatoria. Su declaración también apunta a una habilitación superior de la justicia (80), con la necesidad de contraste de poderes, pero el corolario no se extrae de forma expresa ni se define como principio. Con su exclusiva, ya puede irse insinuando el concepto de Código por el término, no de *Code*, sino de *Loi*; el acento recae en ésta, en una ley que debe impositivamente uniformarse para la implantación universal de los Derechos, y no en aquel, en un código que sólo es todavía vehículo sin entidad propia. Su término menos se significa al propósito, manteniendo el sentido de mero receptáculo.

Entre Declaración y Constitución, ya ha surgido también en los acuerdos de la Asamblea Constituyente la voz de Código. El 5 de julio de 1790, ocupándose de la organización de la Justicia, ha decidido que las leyes civiles sean «revues et réformées» a fin de formarse

---

(77) E.W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebend Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, ed. Berlin, 1981, pp. 45-52.

(78) Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, ed. Paris, 1980, pp. 46-68.

(79) Roman SCHNUR (ed)., *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, 1964.

(80) Claude GOYARD, *La competénce des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Paris, 1962, pp. 69-92 y 112.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

«un code géneral de lois simples, claires et appropriées à la constitution». Sería previsiblemente este Código no sólo ley unitaria, sino también derecho único, pudiendo presagiarse incluso que llegaría a prescindirse de mediación judicial: «Lorsque chacun connaîtra son droit, personne ne l'enfreindra plus». El Código haría tamaño milagro, con su estilo de claridad y simpleza y su contenido de libertades y Derechos ([81]).

Se trataba de los Derechos individuales antes que del derecho general. O se planteaba la realización del segundo como positivización de los primeros. De ahí en estos inicios venían la fuerza de la Ley y el aliento para el Código, pero de aquí no vienen todavía los mismos conceptos normativos. El término de ley no cambia por cambiar su significado y el de código sólo sigue en sí expresando un sentido de colección. La novedad ya sabemos que se anunciaba por el concepto de ley y no por la palabra de código.

Las novedades están anónimas, pero están. Atenida la ley a Derechos, reducido a ella el ordenamiento, sistematizado así y renovado éste, simplificado con todo y comprensible para todos, se abrigaba incluso la expectativa de que pudiere aplicársele directamente por los ciudadanos y prescindirse de los profesionales del derecho. Para la idea de Código, éste es el escenario primero ([82]). Puede explicarse por su mismo transfondo de compromiso constitucional con los Derechos de sentido individual que ya merecerían entonces también la mayúscula. La Revolución abusaba con razón de este signo ortográfico para distinguir la novedad de las cosas en la antigüedad de las palabras.

Las Facultades jurídicas tradicionales, custodias y cultoras de una jurisprudencia visceralmente extraña a este género de planteamientos, ya están además heridas de muerte por la misma Revolución; cerrarán durante estos años. Y las de nuevo cuño, que

---

([81]) Philippe SAGNAC, *La législation civile de la Révolution Française (1789-1804)*, Paris, 1898 (rep. 1971), pp. 47-55; P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, ed. Paris ,1827 (rep. 1968), I, p. XXXVI.

([82]) Michael P. FITZSIMMONS, *The Parisian Order of Barristers and the Frenc Revolution*, Cambridge (Mass.), 1987; Gerhard DAHLMANNS, *Frankreich (Verfahrensrecht)*, pp. 2513-2517, en H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur*, III-II, 1982, pp. 2489-2580; Jean-Pierre ROYER, *La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle*, Paris, 1979, pp. 190-205; Paolo ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*, Bari, 1977, pp. 506-510.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

enseñarán leyes, que profesarán códigos, sólo vendrán también por tiempos napoleónicos. De momento, una civilización quebraba y otra balbucía ([83]). El ciudadano ya sería un hombre nuevo. Se gestaba realmente el sujeto ([84]). La Revolución que atravesaba la sociedad era un Ranacimiento que interesaba al individuo ([85]). Las novedades comenzaban por el Hombre con su mayúscula de sujeto.

Cuando se dispone la formación del Código, está debatiéndose la institución de la Justicia. No se prescindía realmente de ella. Su legislación orgánica sigue dentro del mismo año, en 1790. Marca en su campo unas pautas y directrices que resistirán también hasta época napoleònica. Contiene el mandato codificador acordado: «Il sera formé un code général de lois simples et claires»; el procedimiento se dispone que también habrá de someterse a código. Su previsión más integral no quita a los jueces, pero, igual que la ley, tampoco éstos resultarán del tipo hasta ahora conocido. Es la Justicia de mayúscula constitucional.

Se trata en lo esencial de una función electiva, sin cualificación facultativa, pero de magistraturas investidas; esto es, se mantiene la profesión de juez y no la justicia profesional. Los jueces serán ciudadanos de cierta experiencia forense, sin necesidad de otro título, elegidos por sus conciudadanos para un término de tiempo; como la propia ley proclama: «Les juges seront élus par les justiciables». Es el principio no sólo de legitimación sino también de constitución de este orden judicial de carácter más institucional. En él tampoco se agota la Justicia.

Otra más directamente ciudadana también se contempla, pare-

([83]) *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 7, 1988, monográfico primero sobre *Les Facultés de droit dans les révolutions françaises, XVIII-XIX siècle*; Michel VOVELLE (présentation), *La Révolution et l'ordre juridique privé. Ratiopnalité ou scandale?*, Orléans, 1988, I, pp. 249-286: Jean IMBERT, *L'Enseignement du droit dans les écoles centrales sous la Révolution*, y Hugues RICHARD, *Les professeurs de législation des écoles centrales, témoins du droit privé intermédiaire.*

([84]) Mona OZOUF, *La Révolution française et l'idée de l'homme nouveau*, en AA.VV., *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, II, Colin Lucas (ed.), *The Political Culture of the French Revolution*, Oxford, 1988, pp. 213-232; Elisabeth GUIBERT-SLEDZIEWESKI, *L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire*, en M. VOVELLE (pr.), *Révolution et ordre juridique privé*, I, pp. 141-149.

([85]) Jacques BOUINEAU, *Les toges du pouvoir ou la Révolution de droit antique, 1789-1799*, Toulouse, 1986.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciendo abrirse el horizonte norteamericano. Está el arbitraje reconocido y regulado como un Derecho constitucional de administración más inmediata por los propios ciudadanos. Y no deja de introducirse la institución del Jurado, pero reduciéndose su campo; se le recluye en materia criminal y para cuestiones de hecho. Del derecho se ocupa precisamente la ley, su código, el Código penal, que pronto existe uno primero en 1791. Para la justicia civil, se establece una instancia primaria de conciliación por jueces dichos de paz y se instituyen unos llamados tribunales de familia, formados por parientes, para asuntos de esta indole.

El Código penal ya inaugura ([86]); es el primero, junto al de policía ([87]). Iniciará ante todo la misma forma de Codificación acto seguido de la Constitución. En este cuadro entra su previsión más integral: reducción efectiva del derecho a una ley manejable, inteligible y aplicable por esta clase de magistrados y asimilados, esto es, por los ciudadanos. Pero el imperio de la propia norma ya parece más relativo a los efectos civiles. La autoridad de la ley, de su futuro Código, vendría todavía más por razón de viculación intrìnseca a los Derechos que por voluntad de decisión politica del Parlamento. La misma Declaración ya ha vinculado directamente la eficacia de la Ley al contenido de Derechos. En otro caso su propio imperio se comprometería.

En caso contrario puede resultar ahora que gran parte de la Justicia, con sus conciliaciones y arbitrajes, con sus márgenes de autonomía ciudadana y familiar, fácilmente escaparía a Código. Pero a los propósitos más inmediatamente normativos se afirma en esta legislación orgánica el designio de identificación exclusiva entre derecho y ley con su requerimiento de mecanización de una justicia, la institucionalizada ([88]). Todo era por los Derechos. A su

([86]) Renée MARTINAGE, *Les origines de la pénologie dans le code pénal de 1791*, en M. VOVELLE, (pr.), *Révolution et ordre juridique privé*, I, pp. 15-29; Roberto MARTUCCI, *La Costituente e il problema penale in Francia (1789-1791)*, I, *Alle origini del processo accusatorio*, Milano, 1984; Leslaw PAULI, *Il ruolo delle rivoluzioni nella storia del diritto penale*, pp. 967-968, en B. Paradisi (atti in onore), *Diritto e Potere nella Storia Europea*, Firenze, 1982, II, pp. 965-977.

([87]) Paolo COLOMBO, *«Police», «Ordre public» e «Sûreté de l'Etat». La trasformazione dell'ordine politico in ordine costituzionale*, en *Filosofia Politica*, 2, 1988, pp. 105-127.

([88]) Jean-Louis HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les Pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, 1987, pp. 51-90; J.P. ROYER, *La société judiciaire*, pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consideración también venía, con Jurado sólo procedimental, el mismo principio de legalidad que su Código materializaba en materia penal.

Aun habiendo estado en debate otras posibilidades, el Jurado sólo es garantía en el procedimiento penal ([89]). Francia no es Quebec. Y la Justicia institucional es otra. Supeditada sin remisión a ley, tanto a efectos sustantivos como a los procedimentales, no tendrá capacidad de hacer valer Constitución ni siquiera ante normas que conculquen sus previsiones de fondo o forma ni frente a actuaciones administrativas que tampoco se atengan a los imperativos de su rango ([90]). Ya será aquí cuestión, ante estas deficiencias, de otras jurisdicciones ([91]). Tampoco ofrecerán otras vías de determinación ciudadana del derecho. La Justicia queda por debajo de Ley y de Procedimientos, todo Códigos. Era la *séparation des pouvoirs*, que así resulta afirmación de Ley y Administración en detrimento de una función que, como la judicial, màs genuinamente podía amparar Derechos. Estos acabarán por quedar confiados exclusivamente al Poder, a un poder legislativo. Quedan a disposición de los Códigos.

La exclusiva resultará constitucionalmente del Parlamento. La misma Constitución primera proclamará en 1791 paladinamente el principio. «La Constitution française est représentative: les représentants son le Corps législatif et le roi. Le Pouvoir législatif est délégué à une Assemblée nationale composée de représentants temporaires». Este es al cauce de producción del derecho. En una Asamblea enteramente ha recaído el poder normativo y ya constitucionalmente

209-235; Yves-Louis HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965, pp. 93-142.

([89]) Jean-Jacques CLÈRE, *Les constituants et l'organisation de la procédure pénale*, en M. VOVELLE (pr.), *Révolution et ordre juridique privé*, II, pp. 441-456; Antonio PADOA SCHIOPPA, *La giuria all'Assemblea Costituente francese*, en A. PADOA SCHIOPPA (ED.), *The Trial Jury in England, France, Germany. 1700-1900*, Berlin 1987, pp. 75-163; G.DAHLMANNS, *Frankreich (Verfahrensrecht)*, pp. 2518-2533; Vincenzo VIGORITI, *La pubblicità delle procedure giudiziarie (prolegomeni storico-comparativi)*, pp. 639-674, en B. Paradisi (ed.), *Formazione del diritto moderno in Europa*, II, pp. 635-698.

([90]) Dany COHEN, *La Cour de Cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Paris, 1987, p. 82-101.

([91]) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1981, pp. 9-67; Jacques CHEVALLIER, *L'Elaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no se concibe otra vía de determinación de la norma que la representativa. A los mismos efectos de una representación que capacita para intervenir en este campo queda abierto solamente el resquicio de la Monarquía ([92]). Los jueces en cambio, pese a ser electivos, no se declaran representativos. Y el Jurado no presenta relevancia al propósito.

Ha llegado en 1791 la Constitución con su preámbulo y título de fundamentos: reconocimiento de Derechos, cancelación de privilegios y mandato codificador. A la declaración de 1789 se le añaden unas precisiones que reafirman su concepción del derecho. La ley se coloca militantemente, como paladín único, al servicio de los Derechos: «Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercise des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution». Son conceptos ya anunciados. Siguen constituyendo el principio.

Y la cancelación de privilegios ya es un requisito expuesto por la Constitución misma. Conviene recordarlo completo: «L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivaient, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité que celle des fonctionnaires publics dans l'exercise de leurs fonctions. Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'aucun office public. Il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français. Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers. La loi ne reconnait plus ni voeux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution».

La empresa es de establecimiento de todo un *droit commun* de

([92]) Alessandro BIRAL, *Rivoluzione e costituzione: la costituzione del 1791*, en *Filosofia Politica*, I, 1987, pp. 57-75, número sobre *rappresentanza*; Keith Michael BAKER, *Representation*, en AA.VV., *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, I, K.M. Baker (ed.) *The Political Culture of the Old Regime*, Oxford, 1987, pp. 469-492.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esta inspiración constitucional y para su consecución sólo se cuenta con la ley: el Código. Se cuenta solamente con la determinación política. La exclusiva tenía su explicación. La situación no es la americana. La idea de Codificación no procede de aspiraciones anteriores de integración normativa ni de reacciones ulteriores de moderación jurídica. Se define en el mismo momento revolucionario como medio de superación de la societad de ordenamiento corporativo y jurisprudencial. Este es el concepto primigenio de *Código*.

Lo reclaman los Derechos y es efecto de la Revolución. Esta es la secuencia. Enseguida se creará la impresión inversa de que se responde a la concepción previa de tal especie de camblo normativo: «Je lis attentivement les cahiers que dressèrent les trois ordres avant de se réunir en 1789... et, quand je viens a réunir ensemble tous ces voeux particuliers, je m'aperçois avec une sorte de terreur que ce qu'on réclame est l'abolition simultanée et systématique de toutes les lois et tous les usages ayant cours dans le pays; je vois sur-le-champ qu'il va s'agir d'une des plus vastes et des plus dangereuses révolutions qui aient jamais paru dans le monde» ([93]). No se apreciará la novedad radical de la idea tras la Revolución ([94]).

Solamente ahora en realidad, con la misma apertura de una posibilidad codificadora antes inexistente ([95]), se forma el concepto, como solo a continuación vendrá la acuñación y propagación del juego derivado de posibilidades y acciones: *Codificar* y *Codificación*. Todo el uso respecto a época anterior de esta terminología, con la consiguiente carga de sentido en la voz de Código, no es tan sólo una licencia de los historiadores que confunde a la historia. Es una práctica que, imponiéndose así la categoría, ya se iniciara por entonces ([96]).

([93]) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, ed. J.P. Mayer, Paris, 1952-1953, I, p. 197.

([94]) Jan VAN KAN, *De verwachting des volks in 1789 ten aanzien van de codificatie* y *De rechtsgedachte van het codificatiewerk der Revolutie*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, I, 1918-1919, pp. 359-389, y 2, 1920-1921, pp. 359-427 (versión francesa en J. VAN KAN, *Lers efforts de codification en France. Etude historique et psychologique*, Paris, 1929, que no he visto).

([95]) Xavier MARTIN, *L'unité du droit français à la veille de 1789, une aspiration modérée?*, en *Il Pensiero Politico*, 19, 1986, pp. 319-328; François FURET, *Penser la Révolution française*, Paris, 1978, pp. 63-64.

([96]) Werner TEUBNER, *Kodifikation und Rechtsreform in England. Ein Beitrag zur Untersuchung des Einflusses von Naturrecht und Utilitarismus auf der Idee einer Ko-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Y repárese exactamente en el concepto primero. Es así el Código un tipo de norma que, del mismo modo y en el mismo grado que la Constitución, trae causa de los Derechos. No constituye un desarrollo ulterior del ordenamiento, sino la ordenación inmediata de la libertad en el ámbito civil del mismísimo modo y en el mismísimo grado que la Constitución lo es o debe también teóricamente serlo en el político.

No hay una secuencia de Derechos. Constitución y luego leyes, eventualmente Código. Hay una relación directa del Código con los Derechos, igual que de la Constitución. Un par de Códigos esencialmente se perfilan: uno político, más procedimental, y otro civil, más sustantivo. Y esta Codificación sería el derecho por la razón de realizar los Derechos.

> Vor dem Gesetz steht ein Türhüter. Zu diesem Türhüter kommt ein Mann vom Lande und bittet um Eintritt in das Gesetz. Aber der Türhüter sagt, dass er ihm jetzt den Eintritt nicht gewähren könne. Der Mann überlegt und fragt dann, ob er also später werde eintreten dürfen. «Es ist möglich», sagt der Türhüter, «jetzt aber nicht».
>
> *Franz Kafka y Orson Welles*

4. Otro será el Código civil y, con él, otra la concepción de la Codificación misma. No seguiremos sus proyectos, como tampoco miraremos la sucesión de Declaraciones y Constituciones. Nos interesan unas vicisitudes que, con su contraste de realidades, mejor se pondrán de manifiesto a través de la legislación positiva en la materia del Código. Las partes que vayan anticipándose ya nos pueden poner en contacto con las dificultades y alternativas del programa constitucional de realización legislativa, esto es, de la Codificación.

De materia inequívoca y cardinalmente civil la misma Constitución de 1791 urgía una concreta legislación: «La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le Pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinctions, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés». Efectivamente

---

difikation des englischen Rechts, Berlin 1974, pp. 132-144; Dean ALFANGE, *Jeremy Bentham and the Codification of Law*, en *Cornell Law Review*, 55, 1969, pp. 58-77; J. VANDERLINDEN, *Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 32, 1964, pp. 47-68.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siguieron en 1792 leyes de registro y divorcio que conjuntamente regulaban la relación matrimonial. En lo que aqui interesa, responden al concepto constitucional de Código: vienen a reconocer derechos e implantar libertades ([97]).

Contemplan estas leyes el matrimonio como contrato: relación entre dos partes libres e iguales, hombre y mujer, mujer y hombre. Su principio declarado y operativo es el de la libertad individual: «La faculté de divorcer résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte». Así no sólo se admite el divorcio por mutuo consenso sino que se rechaza el remedio tradicional de la separación o divorcio no vincular como un verdadero atentado a la libertad misma: «Les effets du divorce par rapport à la personne des époux sont de rendre au mari et à la femme leur entière indépendance avec la faculté de contraer un nouveau mariage», declara paladinamente su ley. Acepción de sexos no hay para el mismo ejercicio de esta libertad civil. Se comenzaba a construir un Código directamente causado en ella. Realmente se avanza hacia la misma unidad del sujeto ([98]).

La Constitución también expresamente disponía, como en su apartado cancelatorio hemos visto, el fin de las discriminaciones sucesorias que entre otras desigualdades también implicaban la sexual. Aqui el planteamiento fue otro, confiándose menos en libertad y comprometiéndose más sustantivamente a la ley. Un principio de libertad de disposición no onerosa, tanto de testar como de donar, fue taxativamente rechazado en aras de una igualdad sucesoria dentro de la familia. También fueron objeto de rechazo las propuestas de fuerte imposición sobre las sucesiones o de participación más social en las divisiones hereditarias. La sucesión se afirmaba como un derecho igualitario pero familiar, familiar pero igualitario ([99]).

([97]) Arend H. HUUSSEN, *Le droit du mariage au cours de la Révolution française*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 47, 1979, pp. 9-51 y 99-127; Marcel GARAUD, *Histoire générale du Droit privé français (de 1789 à 1804)*, III, *La Révolution française et la famille* (Romuald Szramkiewicz, ed.), Paris, 1978; Ph. SAGNAC, *Législation civile de la Révolution*, pp. 277-301.

([98]) M. GARAUD, *Histoire du Droit privé (1789-1804)*. I, *La Révolution et l'égalité civile*, Paris, 1953.

([99]) Robert VILLERS, *Les premières lois successorales de la Révolution (1790-1792)*, en *M. VOVELLE* (pr.), *Révolution et ordre juridique privé*, I, pp. 335-343; Claudine BLOCH, *L'institution d'héritier et le legs universel dans le droit intermédiaire et le Code Civil*, en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 52, 1974, pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El pronunciamiento más categórico lo trae una ley de 1793: «La faculté de disposer de ses biens, soit entre-vifs, soit par donation contractuelle en ligne directe, est abolie; en conséquence, tous les descendants auront une portion égale sur les biens des ascendants», entendiéndose por descendientes no sólo los legítimos sino también los naturales, con exclusión de adulterinos e incestuosos. Hasta aqui llegaba la igualdad ante la que la libertad en este concreto capitulo se sacrificaba. La misma legislación más característicamente revolucionaria no siempre podrá representar un principio de libertad ([100]).

No vamos a detenernos ahora en las motivaciones políticas y sociales, frente a prácticas nobiliarias y campesinas, de esta otra alternativa. No es la cuestión que aquí nos ocupa. Nos importa la tendencia menos extrinseca de esta legislación civil, la inspiración de estas normas sucesorias, la opción misma: contraria a libertad en el caso. En el capítulo directamente dispone la ley general y no la determinación individual. Es otro Código civil el que puede entonces barruntarse. La misma idea de Codificación en base y con miras a Derechos no resulta predicarse de modo unívoco.

Cuestión de personas y familia, cuestión de sucesiones e igualmente de familia: ya tenemos una contradicción en los cimientos del mismo Código, de esta obra en construcción. ¿Y para la cuestión onerosa y ya no familiar de los contratos? ¿Qué tenemos aquí? ¿Se establece un principio de libertad conforme al anuncio de la Declaración de Derechos? ¿O se interpone también la ley en atención a los imperativos no menos constitucionales de cancelación de privilegios? Llegan igualmente contradicciones.

La Revolución de momento trajo una libertad de mercado, con temprana abolición efectiva de corporaciones y privilegios impeditivos ([101]). Ya hemos visto que cancelatoriamente lo expresaba la pro-

---

30-86; André DEJACE, *Les régles de la dévolution successorale sous la Révolution (1789-1794)*, Bruxelles, 1957; Ph. SAGNAC, *Législation civile de la Révolution*, pp. 213-239.

([100]) Diethelm KRIPPEL, *Familie versus Eigentum. Die naturrechtlich-rechtsphilosophischen Begründungungen von Testierfreiheit und Familienerbrecht im 18. und 19. Jahrhundert*, pp. 146-152, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germ. Abt.)*, 101, 1984, pp. 117-168.

([101]) Harald STEINDL, *Die Einfürung der Gewerbefreiheit*, pp. 3533-3628, en H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur*, III-III, 1986, p. 3257-3628; Etienne MARTIN SAINT-LÉON, *Histoire des Corporations de Métiers*, Paris, 1909, pp. 585-617.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pia Constitución de 1791. Desde temprano también se mantuvo una concepción corporativa de la jurisdicción mercantil, encomendada a comerciantes y financieros. El comercio se abría a todos y su justicia continuaba en manos de sus profesionales ([102]). Pero el propio principio sustantivo de libertad tampoco se sostuvo. Sabidamente vino, de principios de 1793 a finales de 1794, la política de máximos, tanto de precios como de salarios, con su intervención del mercado. Fueron también los meses del Terror, de la negación más amplia de libertades en lo que aqui nos importa. Seguirá el reflujo que ya podrá conducir el Código ([103]).

Tras dicha etapa y siempre tan sólo en lo que aquí ahora nos interesa, siguió una reanimación del mercado mediante el ofrecimiento de marco y medios al juego de una libertad. Así sigue un impulso decisivo para la implantación del sistema decimal en las medidas de capacidad, peso, longitud, extensión, moneda, temperatura y tiempo. Sólo esto último, con la semana de diez días, fue un fracaso. Era un código primario, el de las medidas, previo al de las normas. No sólo interesaba al mercado ([104]), pero a estas alturas a su fomento esencialmente se respondía. Y otras revisiones no se hicieron. Seguiría optándose por la concreta libertad mercantil con privilegio jurisdiccional. También se imponía una lengua como código no menos básico y exactamente como tal ahora ([105]).

Todo esto importaba desde luego a la Codificación, y no sólo abriendo o cerrando posibilidades a su consecución, sino también ratificando o modificando su concepción. Se trataba no sólo de que estorbasen determinadas disposiciones, como las de regulación directa de las sucesiones o del mercado, sino también y sobre todo de que se interferían unas vacilaciones tanto entre libertad particular e

([102]) Jean HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986, pp. 83-86; Francesco GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976, pp. 66-94.

([103]) B. BEIGNIER, *Portalis et le droit naturel dans le Code civil*, en *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 6, 1988, pp. 77-101; X. MARTIN, *Politique et Droit privé après Thermidor*, en M. VOVELLE (pr.), *Révolution et ordre juridique privé*, I, pp. 173-184; W. WILHELM, *Portalis et Savigny. Aspects de la Restauration*, en AA.VV., *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für H. Coing*, Frankfurt am Main, 1982, pp. 445-456.

([104]) Witold KULA, *Las medidas y los hombres*, trad. Madrid, 1980, caps. 23 y 24.

([105]) *Atlas de la Révolution française*, II, Dominique Julia (dir.), *L'enseignement, 1760-1815*, Paris, 1987; Lorenzo RENZI, *La politica linguistica della Rivoluzione francese. Studio sulle origini e la natura del Giacobinismo linguistico*, Napoli, 1981.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intervención política como entre derecho individual y privilegio social. Aquel Código originariamente concebido como realización y desplieque de los Derechos no es tan claramente el Código cuyas partes se van adelantando y asentando. Sus proyectos más sistemáticos también pueden irse frustrando por esta indefinición de fondo ([106]).

Proyecto no falta que todavia evoque el género de un Código de Derechos: «Code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté», pero desde su misma presentación parlamentaria ya también se responde a una especie de duplicidad: «Représentants du peuple, l'exercice des droits politiques est le principe de la liberté; l'exercice des droits civils est le principe du bonheur social et la sauve-garde de la morale publique», con sus fundamentos aún mayores la propia disociación: «La nature produit tout, mais c'est à l'homme è produire l'homme» o a producir también la sociedad: «L'homme introduit dans l'état social, quelle sera la place qu'il doit occuper dans ce nouvel ordre des choses? La nature et la société la lui assigne» ([107]). El Código podrá ser, con su efecto discriminatorio, la expresión de un orden doble, natural y social, o más bien simple, lo primero por lo segundo.

Y el Código civil sabidamente llega, en 1804, con el Imperio de Napoleón. Entre las contradicciones y duplicidades vistas, ¿qué opciones representa? Repásense las materias que han ido apareciendo. Sucesiones: disposición de la ley en términos de división menos igualitaria, con discriminación de los hijos naturales, sin principio de libertad de testar, aun con facultad limitada de disposición. Matrimonio: concepción institucional, no contractual; el divorcio como remedio, no como requisito de libertad; restablecimiento de las situaciones menos libres de mera separación, con degradación todo ello especialmente de la mujer como sujeto ([108]). Mercado: no se

---

([106]) Ph. SAGNAC, *Législation civile de la Révolution*, pp. 360-376 y 390-398; P.A. FENET, *Travaux Préparatoires du Code Civile*, I, pp. XXXV-CXXXVIII.

([107]) W. WILHELM, *Gesetzgebungung und Kodifikation*, pp. 269-270; P.A. FENET, *Travaux Préparatoires du Code Civil*, I, pp. 99, 103 y 109.

([108]) Bernard SCHNAPPER, *Autorité domestique et partis politiques, de Napoléon à De Gaulle*, pp. 178-187, en H. MOHNHAUPT (ed.), *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts. Untersuchungen und Perspektiven*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 177-219; A.J. ARNAUD, *Analyse structurale du Code civil*, pp. 59-80.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contempla; queda para un código aparte ([109]). Con el civil rigiendo la propiedad, no se vería en cambio preciso un Código rural ([110]).

Ya se precisaba el mercantil por el escaso juego que en el civil le cabe a la libertad de disposición. En cuestión de bienes, mirando este Código principal a la estabilidad de la propiedad inmobiliaria, tuvo que venir el de comercio a atender el tráfico de la mobiliaria. Sigue en la línea ya trazada; la misma libertad de mercado sólo llega mediante restricciones de campo jurídico y control jurisdiccional ([111]). Junto a ellos, un Código penal miraba además como sujeto de protección más a las cosas que a las personas. Los procedimentales a su vez aseguran la mayor supedicatión de la Justicia a estos Códigas sustantivos ([112]). La Codificación integrada ya se sabe que no llegó. El Código final no es desde luego el anunciado ([113]).

¿Dónde queda su concepto? ¿Dónde su primitiva vinculación a la Declaración de una libertad paralela a la política? El Código definitivo tampoco disimula las pérdidas. Presenta la coherencia de definir sus nuevos supuestos. Otra es ahora su vocación constitucional, que la conserva. Ya se sabe que presenta un título preliminar de interés para todo el ordenamiento y unos primeros conceptos que no menos le interesan.

Este es el pronunciamiento primero de su primer titulo: «L'exercice des droits civils est indépendent de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle». Y antecede el título preliminar, con sus principios: «Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en

---

([109]) A PADOA SCHIOPPA, *Frankreich (Handelsrect)*, pp. 3152-3170, en H. COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur*, III-III, 1986, pp. 3152-3187.

([110]) Serge ABERDAM, *Aux origines du Code rural, 1789-1900. Un siècle de debat*, Paris, 1984, pp. 10-35; Françoise FORTUNET, *Le Code rural ou l'impossible codification*, en *Annales Historiques de la Révolution Française*, 247, 1982, pp. 95-112.

([111]) H. STEINDL, *Zur Genese des Privatrechts als «allgemeinen Wirtschaftsrecht»*, en AA.VV., *Aspekte europäischer Rechtsgescichte*, pp. 349-386.

([112]) Peter ENDRES, *Die französische Prozessrechtslehre vom Code de procédure civile (1806) bis zum beginnenden 20. Jahrhundert*, Tübingen, 1985, pp. 5-16; G. DAHLMANNS, *Frankreich (Verfahrensrecht)*, pp. 2533-2550; Vittorio DENTI, *Dottrine del processo e riforma giudiziarie tra illuminismo e codificazioni*, en B. Paradisi (in onore), *Diritto e Potere*, II, pp. 883-898; Michele TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, pp. 62-69; V. VIGORITI, *Le pubblicità delle procedure*, pp. 677-681.

([113]) M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, pp. 99-192, incidiendo en esto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vertu de la promulgation»; «le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice». Son cosas tan repetidas desde entonces que han podido llegar a considerarse como una evidencia inocente entre juristas de esta cultura que ahora, con el Código, se genera.

Pero adviértase. Respecto al pronunciamiento sobre los Derechos: dependen ahora de las leyes y no la viceversa; en el ámbito público serán los que establezcan sus normas; en el campo civil, los que contengan las suyas; esto es: Derechos en rigor no hay. Resultan los que las leyes en cada sector contemplen y así dispensen. Con esta dependencia, *la nationalité* resulta relevante para el mismo planteamiento del Código: *Rights of Mankind* definitivamente no caben en la Codificación. El asunto ya viene pesando ([114]). Unos *droits de l'homme* quedan recluídos y agotados en las Declaraciones. No se reconoce aquella base de libertad común a Constitución. Espacio no hay para un fundamento de Derechos. Por esto pueden multiplicarse como ordenamientos independientes los mismos Códigos. Por ello pueden ignorarse las libertades hasta el extremo que este Código civil representa. Así puede diversificarse el propio sujeto.

Ya hay Código con su unificación de campo, pero no hay en rigor unidad de sujeto. Este queda a la disposición efectivamente de la ley. El político lo determina el ordenamiento constitucional; el civil, el Código, y así sucesivamente. Código de comercio: «Son commerçans ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle»; «la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari»... O Código penal: «Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou pemet de lui appliquer une peine moins rigoureuse»; «lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté; mais il sera, selon les circostances, remis à ses parents, ou conduit dans une maison de correction»... No puede determinarse inequivocamente el sujeto; es

([114]) Hans-Peter BENÖHR, *Staatsbürgerschaft und Politik. Politische Erwägungen hinter der Abgrenzung zwischen Staatsbürger und Ausländer in der französischen Verfassung von 1791 und im Code civil von 1804*, en *Zeitschrift für Neueren Rechtsgeschichte*, 7, 1985, pp. 7-18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

làbil y vario. La ley de los Códigos puede modularlo con capacidades y legitimaciones ([115]).

No ha habido ciertamente hasta ahora alguna Declaración de Derechos que establezca para todo el ordenamiento un sujeto universal y simple como sólo puede serlo la persona sin más, pero por virtud de esta base consitucional, aun restrictivamente, uno virtualmente unitario podía definirse para todo el ordenamiento, con su potencialidad expansiva. Podía ser el varón propietario mayor de edad como tiende también a serlo en la Codificación o lo es en el Código civil ([116]), pero en la Declaración se establece como sujeto no determinado por la norma ni restringido por ella: de unos Derechos cuya misma titularidad podrà expandirse sin depender tampoco forzosamente de ley o determinación política.

Ahora, con el planteamiento final de la Codificación, cada rama tiene a su disposición, con su código, el sujeto. Habrà también sectores del ordenamiento que pueden incluso escapar a Código manteniendo más a su propio alcance la modulación del sujeto; así puede afirmarse un derecho administrativo, con su particular doctrina poco sensible al efecto ([117]). Las leyes podràn reservarse una mayor discrecionalidad para la determinación del particular capaz o legitimado ante la Administración. Ya escapaba ésta previamente a la Justicia con mayúscula. Las jurisdicciones son también aqui varias como variadas son las normas con facultad de definir su propio sujeto.

No liega a existir el *Code général*, sino una constelación de Códigos presidida por el civil que no cubren un firmamento jurídico. No se habla todavía de decodificación, pero ya podremos también ver que la misma podrà ser un corolario de una Codificación de este alcance parcial no sólo en cuanto a la cobertura de materia sino también y sobre todo respecto a la posición del sujeto. El Código civil ya cuenta con el suyo, pero no introduce su unidad en el ordenamiento.

([115]) G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, pp. 54-55 y 136; R. ORESTANO, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche. Scienza de Diritto e Storia*, Bologna, 1978.

([116]) B. CLAVERO, *Amos y sirvientes, ¿Primer modelo constitucional?*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56, 1986, pp. 995-1016.

([117]) Georges LANGROD, *France*, en Erk Volkmar HEYEN (ed.), *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europe. Stand und Probleme der Forschung*, Frankfurt am Main, 1982, pp. 67-82.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Las Constituciones anexas, asi menos primarias, tampoco podràn ahora proceder a la fundaciòn. Durante un buen tiempo no habrà antinomia.

La misma noción de ley consecuentemente se abstrae por el Código de cualquier compromiso y requisito constitucional. Las leyes rigen en virtud de su promulgación y basta; éste es el verdadero comienzo del Código, de su título preliminar que no dejaba tampoco de puntualizar que los jueces deben atenerse a este concepto de ley, juzgar estrictamente conforme a ella, sin posibilidad se entiende de entrar en su constitucionalidad material, por colisión con Derechos, o formal, por deficiencia de procedimiento. No hay Justicia, aun mayúscula, que a esto alcance. La Ley ya contaba con la exclusiva.

Y el rostro de la Justicia también se sabe que cambia. Se està recomponiendo por estos tiempos una Magistratura profesional, sin condición o requisito electoral, con tendencia de restricción ulterior de la participación ciudadana ([118]). Las Facultades de Derecho se instituyen para la enseñanza precisamente del Código, del derecho que en ley estatal se encierra ([119]). Con todo este contexto ([120]), se potencia el proprio Código: su entendimiento del derecho redicalmente distinto al de su nacimento. No es la forma como unas libertades se aseguran, sino el modo como un poder se establece: su concreta visión de un orden social no confiado así ni confiable a la libertad.

El Poder de un Napoleón ha establecido graciosamente el orden entre los particulares y no sólo entre las sociedades: «Il descendoit au sein de nos familles, régloit avec la même application nos rapports et nos intérêts privés, et s'efforçoit d'établir la paix entre les citoyens, comme il l'avoit établie entre les Puissances» ([121]). Comenzaba la exégesis, signo de la mayor rendición de la cultura juridíca ([122]), aun

([118]) B. SCHNAPPER, *Le jury française aux XIX et XXème siècles*, pp. 166-182, en A. PADOA SCHIOPPA (ed.), *The Trial Jury*, pp. 165-239; M.P. FITZSIMMONS, *Barristers and the French Revolution*, pp. 130-199; Maria Rosaria FERRARESE, *Magistratura e Stato nel modello napoleonico*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 12, 1982, pp. 463-475; J.P. ROYER, *La société judiciaire*, pp. 245-260.

([119]) J. GATTI-MONTAIN, *Le système d'enseignement du droit en France*, Lyon, 1987, pp. 61-71 y 110-117.

([120]) Jacques GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, ed. Paris, 1985, pp. 615-638 y 732-760; Pierre LEGENDRE, *Histoire de l'Administration de 1750 à nous jours*, Paris, 1968, p. 263-282.

([121]) J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon*, Paris, 1807-1814, I, p. 154.

([122]) G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, pp. 71-90; M.A.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no completa ([123]). ¿Qué espacio en todo caso queda para la función de una Justicia dentro de este planteamiento de un poder legislativo, con o sin Napoleón en liza? El punto de partida ya es de identificación entre Derecho y Ley, con subordinación de un resto de ordenamiento ([124]).

Otra puede parecer a estas alturas, tras Napoléon, la propria Justicia, pero no es otra la posición que le resta: estrictamente bajo ley, con sus razones quizà distintas, antes de Derecho, ahora de Poder. Hay algo antes y ahora en común que no trae necesariamente la consecuencia, pero que abre claramente la posibilidad: la misma concepciòn del poder normativo o de la facultad de creación del derecho como Poder. De esto primordialmente se ha tratado desde el mismo momento en que se acuño como principio suficiente de la Constitución el de la *séparation des pouvoirs*.

Resulta un poder singular, el poder legislativo que el mismo Código acababa abstrayendo: estarà a disposiciòn tanto de Parlamentos como de Monarquias o incluso, con la longevidad y proliferación del Código, de Dictaduras. Ya se sabe que el concepto y la experiencia sirven ([125]). La Codificaciòn formalmente no cambia. La Ley lo es en todo caso, sin posibilidad de interposicion de la Justicia. Esta se debe al Código.

La exclusividad de la representación y su identificación sólo parcial con el procedimento electoral y parlamentario ha producido la disponibilidad política del derecho. Puede llegar a ser absoluta. Se declararon inicialmente los Derechos para poder contrastarse los Po-

---

CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, pp. 143-164; Julien BONNECASE, *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, trad. México 1944.

([123]) Donald R. KELLEY, *Historians and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton, 1984; A.J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris, 1975, pp. 45-74; Karl H. NEUMAYER, *Die wissenschaftliche Behandlung des kodifizierten französischen Zivilrechts bis zur Dritten Republik*, en H. COING y W. WILHELM (eds.), *Wissenschaft und Kodifikation*, I, 1974, pp. 173-195; Alejandrino FERNÁNDEZ BARREIRO, *Los estudios de Derecho Romano en Francia después del Código de Napoléon*, Roma, 1970; John P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor 1968, pp. 374-431.

([124]) Christian A.L. RASENACK, *Gesetz und Verordnung in Frankreich seit 1789*, Berlin, 1967, pp. 43-48.

([125]) Sergio PANUNZIO, *Motivi e motodo della Codificazione fascista*, Milano, 1943; José CASTÁN TOBEÑAS (en memoria) y Antonio HERNÁNDEZ GIL (toma de posesión), *Comisión General de Codificación*, Madrid, 1969.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ders, tanto el ejecutivo como el legislativo, pero desde el comienzo falta el contraste entre Justicia y Ley que era el medio de realización. Un hilo de comunicación existe entre las concepciones primitiva y final de la Codificación. Y éste es el elemento más adverso a Derechos y Constitución.

> Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La Constitución garantiza el principio de legalidad.
>
> *Constitución 1978*

5. Pueden seguir en otras latitudes Constituciones que se conciben y tienen como primer estadio de la Codificación. Siguen Códigos politícos y civiles en un curso que pudiera decirse común e integrado si precisamente no pesase el modelo napoleónico de una relación desconectada. Suelen sus historias mirarse y hacerse separadas, como si otras variables no fueran ya concebibles. El paradigma visto realmente se impuso en diversos casos, pero màs todavía pueden hacerlo sus figuraciones actuales; mayor aún que en la historia resulta su dominio en la historiografia. Mírese por esta vez a España ([126]). Puede ofrecer su ilustración el contraste. En la historia todo caso es paradigma y todas las experiencas encierran todavía sus claves ([127]).

El modelo constante, reclamado por todas las Constituciones españolas del XIX, es el de Codificación. Ya suele presumirse que esto sin más suponía la adopción constitucional y adaptación legislativa del paradigma napolénico. Pesó durante todo el siglo, pero no tanto; lo hace hoy en una imaginación histórica más que entonces en

---

([126]) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El pensamiento iurídico*, pp. 382-405, en Miguel ARTOLA (ed.), *Enciclopedia de Historia de España*, III, Madrid, 1988, pp. 327-408; Johannes-Michael SCHOLZ, *Spanien*, en H. COING (ed.), *Hanbuch der Quellen und Literatur*, III-I, 1982, pp. 397-686, y (*Verfahrensrecht*) III-II, 1982, pp. 2403-2442; Karl-Otto SCHERNER, *Spanien* (*Handelsrecht*), III-III, 1986, pp. 3473-3493; Rafael GIBERT, *La codification civil en España* (*1752-1889*), en B. PARADISI (ed.), *Formazione del diritto moderno in Europa*, II, pp. 907-933.

([127]) Regina OGOREK, *Volksgeist «Spätlese»*, en *Rechtshistorisches Journal*, 4, 1985, pp. 3-17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una realidad normativa. Los orígenes ya fueron más complejos, por razón además no tanto de diversidad de influencias, con el género de concordancias que ya entonces se cultivara [128], como de contradicción entre paradigmas, con la cuestión de fondo de los Derechos. Desde el proprio arranque fallido de la Constitución de 1812 está presente la aspiración a una Codificación constitucionalmente más intetgrada en base a ellos [129].

El proyecto podrá tomar cuerpo tras la Revolución de 1868 o más en concreto, a nuestros efectos normativos, con la Constitución subsiguiente de 1869, a partir de la cual puede más propiamente decirse que se implanta el nuevo sistema en España [130]. Esta Constitución incorporaba una Declaración de Derechos de concepto casi literalmente norteamericano: «La enumeracióon de los derechos contenidos en este título no implica la prohibición de cualquier otro no consignado expresamente» [131]. El aprovechamiento de las fórmulas respondía a una posición de base. Los Derechos también se entendían previos a la Constitución y no dependientes de ella. Se asumían como principios efectivos de todo el ordenamiento, tanto en su vertiente política como en la civil. Pero sobre esta base ahora se proyecta un Código. Comienza por establecerse unas leyes cuyo contraste ya también puede ofrecer su ilustración.

Se trata de las mismas leyes que urgieron en la Revolución Francesa, de registro y matrimonio, que aquí se promulgan en 1870 [132]. Su concepción resulta plenamente institucional en el sentido que ya sabemos adverso a libertad: «El matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble», y con el efecto que también ya conocemos

---

[128] Mariano PESET, *Análisis y concordancias del provecto de Código civil de 1821*, en *Anuario de Derecho Civil*, 28, 1975, pp. 29-100; Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852 (rep. 1974); Antoine DE SAINT-JOSEPH, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranieros*, trad. Madrid, 1843.

[129] B. CLAVERO, *Origen constitucional de la codificación civil en España*, a publicarse en Carlos PETIT (ed.), *Revolución burguesa y Derecho*.

[130] Materiales en Juan F. LASSO GAITE (ed.), *Crónica de la Codificación Española*, Madrid, desde 1970, siete volúmenes hasta el momento que cubren organización judicial y ordenamientos procesal y sustantivo civil y penal.

[131] Joaquin OLTRA, *La influencia norteamericana en la Constitución española de 1869*, Madrid, 1972, pp. 117-130.

[132] B. CLAVERO, *Código y Registro civiles, 1791-1875*, en *Historia, Instituciones. Documentos*, 14, 1987, pp. 85-102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de degradación de sujetos: «La mujer debe obedecer a su marido, vivir en su compañía y seguirle a donde éste traslade su domicilio»; «la mujer no puede administrar sus bienes ni los de su marido, ni comparecer en juicio, ni celebrar contratos, ni adquirir por testamento o abintestato sin licencia de su marido»; «tampoco podrá la mujer publicar escrito, ni obras científicas ni literarias de que fuere autora o traductora, sin licencia de su marido»... La Constitución no hacía estos distingos al declarar unos Derechos de libertad personal. ¿No los concebía como fundamento común? ¿Cómo era posible entonces esta entrada legislativa?.

Dos son las cuestiones: cómo cabía el planteamiento y cómo resultaba factible. La primera ya hubo de afrontarse. La Declaración de Derechos de entendimiento constitucional existía y el Código bajo tales otros supuestos se preparaba; un problema de encaje realmente se suscitó. La cuestión fue frontalmente abordada por la propia exposición de motivos de la presentación al Parlamento del proyecto de primer libro de Código civil en 1869. No rehuía el problema y ofrecía sus explicaciones ([133]).

No se pone en duda que la Declaración de Derechos contenida en la Constitución es la base normativa, y no sólo programática, de todo el ordenamiento. A ella debe responder el Código. Y quiere hacerlo: «Proclamados los derechos naturales del hombre, deciden al Ministro que suscribe a presentar el primer libro del Código civil en el que se marca el estado de las personas»; cree así este Ministro de Justicia «que existe imperiosa necesidad de adoptar en la legislación civil» el planteamiento constitucional, «sin lo cual, no transcendiendo a la vida civil las doctrinas del derecho público o encarnándose de modo que no hicieran armónica la vida civil con la política y religiosa, las conquistas modernas perderían su fuerza de aclimatación y crearían un periodo de retraso, que sería imputable a notoria imprevisión o a tibias y tímidas alteraciones, cuando la ciencia exige y los adelantos sociales reclaman grandes reformas en el estado civil de las personas».

Más prosaicamente, conforme a su argumentación: no cabe separación entre los Derechos constitucionales y los civiles, por lo que se precisa una monumental reforma también del ordenamiento

([133]) El texto en la *Crónica de la Codificación* como ya he indicado, en concreto IV-2, pp. 497-543.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

civil. Este es el planteamiento de partida: el primitivo de la Revolución que exigía una Codificación integral e integrada. El concepto primigenio no ha quedado perdido en los orígenes. Un mismo imperativo de determinación política del entero ordenamiento por consideración de Derechos puede todavía producirse. Pero la exposición prosigue, pues su término es otro.

Así lo hace: «Definidos y declarados los derechos naturales del hombre, hácese necesaria la posibilidad de su ejercicio según se los muestra su propio conocimiento, sin que al determinar al hombre según ellos pueda darse el caso de que vengan a ponerse en colisión su capacidad racional con sus posiciones en la vida civil y merme ésta el ejercicio de aquéllos; así las posiciones de los individuos en la vida privada deben recibir su determinación por la ley, amparando la vida familiar con las condiciones de la armonía doméstica, sin que ella sirva de limitación en el pleno uso de la libertad».

Menos opacamente, según sus propios términos: «La circunstancia de comprender el criterio filosófico la identidad de facultades por naturaleza en el hombre y la mujer y hallar sólo diferencias en el modo de su manifestación, con tendencia aquél a la abstracción y generalización y ésta a la individualización y concentración familiar, motiva que en el proyecto se reconozca en el primero las facultades administrativas y de gobierno, sin negar a la segunda su personalidad en cuanto responde a la intimidad doméstica». De la Declaración de Derechos así se llega a la degradación de sujetos. Vuelve a mediar el orden de naturaleza que providencialmente resulta el de la sociedad.

Ante la inevitable colisión entre Declaración y Código, naturales resulta que no sólo son los Derechos, sino también, natural, una constitución social, anterior igualmente a toda norma, previa del mismo modo a Constitución. Por otra vía menos textual se introduce la doble base. E importa ahora menos a nuestros efectos el expediente argumentativo que la transición efectiva: desde el modelo revolucionario al napoleónico. Debe advertirse la presencia de ánimo y fuerza de ambos paradigmas: ideal del uno y real del otro. No existe uno en exclusiva. Están ambos de diverso modo operando.

Pero no sólo se trataba de proyectos, sino también de leyes. En este ordenamiento constitucional tendrá cabida de hecho incluso la condición más contraria a Derechos. Esta Constitución también se caracteriza por disponer su inmediato vigor en las colonias, pero por

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

su Declaración no se entenderá suprimida la esclavitud; habrá de mediar la legislación, que además sólo se plantea una desaparición gradual ([134]). Era la segunda cuestión: cómo podía regir este género de derecho positivo y no sólo cómo podía producirse su planteamiento. Si la misma Declaración revestía tal carácter normativo, ¿cómo se mantenían y establecían unas leyes que tan palpablemente los conculcaban? ¿Cómo parecía factible una Codificación tan contraria? Volvemos a la Justicia. Aquí estas posibilidades realmente se determinan. ¿Qué orden judicial había?.

Existía a estas alturas una justicia con minúscula, realmente incapacitada para situarse sobre leyes e incluso por encima de actos administrativos, pues prácticamente formaba parte y sustancialmente dependía de la propia Administración ([135]). La Constitución ahora la profesionaliza: crea la carrera judicial en la que se ingresa por oposición y en la que se cuenta con garantías de permanencia y promoción. Sólo ahora, con un título constitucional denominado «Del Poder Judicial», en España se funda contemporáneamente la Justicia.

La propia Constitución ahora la capacita frente a la Administración: «Los tribunales no aplicarán los reglamentos generales, provinciales y locales sino en cuanto estén conforme con las leyes». Nada se dice en cambio sobre éstas respecto a la Constitución, a pesar de que en el propio debate constituyente pudo manifestarse la convicción de que, por la Declaración de Derechos, los jueces también podrían confrontar las leyes. Sobre ello se guarda en el texto silencio. O algo en verdad se dice. He aquí la definición de entrada del dicho Poder Judicial: «A los tribunales corresponde la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales». Tratándose de aplicación, la exclusiva es de la Ley.

Era la propia estructura de la Justicia la que imposibilitaba otra cosa. Difícilmente podía producirse la habilitación cuando, con toda su profesión, seguía esencialmente constituyendo una parte de la Administración. Su independencia, que la Constitución afirmaba,

---

([134]) Concepción NAVARRO, *La abolición de la esclavitud negra en la legislación española, 1870-1886*, Madrid, 1987.

([135]) Alejandro NIETO, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid, 1986, pp. 179-231; J.F. LASSO GAITE, *El Ministerio de Justicia. Su imagen histórica (1714-1981)*, Madrid, 1984, y el volumen I de su *Crónica*, que es el de *Organización Judicial*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no era sino una forma mitigada de dependencia. Según su conformación, no había base para otra cosa. No había en ella cabida para el contraste: para una intervención ciudadana paralela a la parlamentaria. Igual que la napoleónica, resultaba una justicia estructuralmente incapaz de situarse sobre leyes. Y la institución del Jurado, que la Constitución incluía, ni siquiera se planteaba que pudiera representar algo más que garantía en el procedimiento penal; los mismos manifiestos de la Revolución no parace que fueran más allá en esto ([136]). Aquí se encerraba la posibilidad de disociación entre Constitución y Código por encima de la base común que representaban los Derechos. Era cuestión de Justicia, de su neutralización, ya hecha cultura ([137]).

La ley orgánica judicial de 1870, que ha regido durante más de un siglo dejando conformada la justicia en España, presenta un título preliminar que codifica unos principios constitucionales. La función de jueces y tribunales se encuentra definida como «potestad de aplicar las leyes»; a ellas en todo se deben y nada pueden frente a ellas. Su misma responsabilidad se define por «las infracciones de las leyes que cometan» y no por otros descuidos. La ley es el código; la justicia, su ejecutora. El Código vendrá a ratificarlo en 1888, con su propio título preliminar y su propia constelación normativa ([138]).

A los pocos años, en 1888, pudo venir el Código ([139]), gracias a un cambio previo de Constitución, en 1876. Redujo ésta los Derechos a concesión de Ley, despejándose la dificultad. Aun respondiendo así menos sinuosamente al modelo napoleónico, fue finalmente una norma de entidad inferior, sin su alcance derogatorio y fundacional. Mantuvo parte del ordenamiento civil sin codificar. Con tal

([136]) M. ARTOLA (ed.), *Partidos y programas políticos, 1808-1936*, II, Madrid, 1975, pp. 79-91; Valeriano BOZAL (ed.), *Juntas revolucionarias. Manifestos y proclamas de 1868*, Madrid, 1969, pp. 92-99.

([137]) José M. ROMERO, *Proceso y Derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid, 1983; Juan A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid, 1981.

([138]) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los supuestos ideológicos del Código civil: el procedimiento legislativo*; Enrique GACTO, *El Código de comercio de 1885*; Alicia FIESTAS, *Codificación procesal y estado de la Administración de justicia (1875-1915)*, todos en José L. GARCÍA DELGADO (ed.), *La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura*, Madrid, 1985, pp. 369-433.

([139]) Jerónimo LÓPEZ LÓPEZ y Carlos MELÓN INFANTE (eds.), *Código civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, Madrid, 1967.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conservación, en lo que aquí nos importa, unos principios de libertad civil pudieron mayormente afirmarse a espaldas del propio Código y al margen de Constitución incluso ([140]). Pero trajo también sus novedades el Código, encontrando resistencias menos liberales ([141]).

La Codificación fue parcial, alimentando una decodificación en sus propias entrañas, más visceralmente de lo que ya pudimos apreciar en el paradigma napoleónico ([142]). Los mismos códigos básicos para la reducción sistematica del derecho a ley, como el de la lengua, sólo se han impuesto limitadamente ([143]). Sin reconocimiento constitucional ni instrumentación legislativa, por el Código civil se mantiene una pluralidad territorial de ordenamientos: «Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra por ahora su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario» ([144]). Más que español, este Código fue sólo castellano ([145]). Tenía su base ([146]). Y otros impulsos desde luego tampoco faltarán para un movimiento en definitiva decodificador.

El propio Código ya no se identifica tan absolutamente con el derecho: «Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho». No sólo se trataba de *derecho foral* u ordenamiento local. Hay también un reconocimiento superior:

([140]) B. CLAVERO, *Formación doctrinal contemporánea del derecho catalán de sucesiones: la primogenitura de la libertad*, en AA.VV., *La reforma de la Compilació: El sistema successori*, Barcelona, 1984, pp. 9-37; Jesús DELGADO, *Joaquín Costa y el derecho aragonés (Libertad civil, Costumbre y Codificación)*, Zaragoza,1978.

([141]) B. CLAVERO, *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, pp. 83-154.

([142]) Pablo SALVADOR, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985.

([143]) Francesc HERNÁNDEZ y Francesc LABORDA (eds.), *Estructuras sociales y cuestión nacional en España*, Barcelona, 1986; Javier CORCUERA, *Nacionalismo y clases en la España de la Restauración*, en *Estudios de Historia Social*, 28-29, 1984, pp. 249-282.

([144]) Encarna ROCA TRÍAS, *El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles*, en *Anuario de Derecho Civil*, 31, 1978, pp. 227-286.

([145]) B. CLAVERO, *«La Gran Dificultad». Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX*, en *Ius Commune*, 12, 1984, pp. 91-115; E. ROCA-TRÍAS, *La Codificación y el Derecho Foral*, en *Revista de Derecho Privado*, 1978, pp. 596-642.

([146]) AA.VV. *Themis Hispana. Entre Derechos propios y Derechos nacionales*, a publicarse en la *Biblioteca* anexa a estos *Quaderni*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de *principios* como antes se decía de *naturaleza*. El legalismo del Código podía encerrar un iusnaturalismo. La justicia profesional podrá contar con un margen de determinación del derecho como intérprete no sólo de la ley sino también de ordenaciones menos explícitas. Una posibilidad de decodificación judicial existe. Que al propósito importe, no traerá precisamente Derechos ([147]), pero éstos podrán retornar por otro cauce decodificador.

Lo será ahora la Constitución. La norma que originalmente concibió al Código, finalmente lo abortará. Realmente traerá el impulso definitivo hacia la Decodificación. Y no se trata de que el orden constitucional cambie precisamente de posición. Existe un hilo de continuidad entre Constitución codificadora y Constitución decodificadora: la inspiración de los Derechos. Por ellos se figuró el Código y por ellos el Código se defigurará. Estamos ante una recuperación. Ahora podrá mejor apreciarse hasta qué punto la Decodificación siempre se ha encerrado en la Codificación y por qué razón la Constitución nunca ha acabado de identificarse con el Código. El caso español también puede paradigmáticamente mostrarlo.

Más y mejor puede en efecto alentar la Decodificación, recuperando Derechos, la misma Constitución, dado el propio tenor anterior tanto de los Códigos como de su jurisprudencia. El Código civil vuelve a ser ignorado por el político o lo será tambien finalmente en latitudes de Codificación. De 1931 es la primera Constitución española que, a la par que reconoce la referida pluralidad normativa dotándola de instrumentos legislativos, no sólo no dispone el cumplimiento del programa codificador, todavia aquí inconcluso, sino que efectivamente, por imperativo de Derechos, viene a reclamar otro de signo contrario, decodificador. Tampoco tiene todavía nombre la rectificación, pero ya opera no sólo por práctica legislativa, por resistencia normativa o por arbitrio judicial, sino también por imperativo constitucional. Llega entonces este tipo de novedad ([148]).

Así frente al Código de 1888, sin necesidad de nombrarlo, la Costitución de 1931 establece: «El matrimonio se funda en la igual-

([147]) Carlos PÉREZ RUIZ, *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, Madrid, 1988; José Juan TOHARIA «*¡Pleitos tengas...!*». *Introducción a la cultura legal española*, Madrid, 1987; Francisco J. BASTIDA, *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Barcelona, 1986.

([148]) J.L. GARCÍA DELGADO (ed.), *La II República. El primer bienio*, Madrid, 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dad de derechos para ambos sexos»; «los padres tienen para los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él»; «no podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción ni en filiación alguna». Y que ahora afecta al Código, no es lo único de la Constitución.

También dispone: «Su legislación social (de la República) regulará los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad, la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de la empresa, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores». Y previsiones particulares todavía siguen para campesinos y pescadores, todo ello con su desarrollo legislativo ([149]).

Y ya no es sólo cuestión de Ley. Se suman a los individuales unos Derechos sociales, lo que habrá de afectar a las mismas formas de concreción del derecho ([150]). Recuperando y renovando Derechos, es más desconfiada además ahora la Constitución. Quiere también recuperar y renovar tanto eficacia como rango: no quedar a las resultas de otras normas. Se enfrenta con el extremo que en los orígenes llevó a la afirmación de una Justicia que no se situase por debajo de la Ley, requisito como se nos decía de la propia primacía y efectividad de los Derechos. Pero aquí se mantiene un mismo tipo de orden judicial, incapaz de elevarse a esta posición. La solución será otra: la de una jurisdicción especializada, el Tribunal de Garantías Constitucionales como entonces se denominara en España ([151]). Las relaciones entre Ley y Justicia sustancialmente no se revisan.

([149]) Antonio MARTIN VALVERDE, *La formación del Derecho del Trabajo*, en AA.VV., *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, 1987, pp. XI-CXIV.

([150]) Manuel PÉREZ YRUELA y Salvador GINER (eds.), *El corporatismo en España*, Barcelona, 1989; Eduardo MOYANO, *Corporativismo y agricultura. Asociaciones profesionales y articulación de intereses*, Madrid, 1984; Angel ZARAGOZA (ed.), *Pactos sociales, sindicatos y patronal en España*, Madrid, 1988.

([151]) Rosa Mª RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Decodificación no significa precisamente deslegalización ni tampoco de por sí capacitación judicial. Mantiene el espíritu del Código. No se modifica por su efecto la ecuación entre el Derecho y la Ley ni la posición de la Justicia. Esta tampoco constitucionalmente se altera por la creación adicional de una jurisdicción tan capaz como distinta. No se encuentra la Justicia por sí misma con capacidad para controlar la legislación ni para evitar que se descontrole. Nada de esto paradigmáticamente puede. Es aún paradigma del Código.

Se produce una afirmación y reforzamiento de principios constitucionales, pero esto no modifica todavía apreciablemente un paradigma. Hay unas garantías para los Derechos y unos controles para las leyes, pero no una revisión del sistema. Los primeros podían especialmente colisionar con los Códigos, pero su aseguramiento y su ampliación ya se plantea de forma que elude la confrontación: especialidades tanto de legislación como de jurisdicción. El conflicto está latente afectando neurálgicamente a la Codificación.

En lo que aquí nos viene importando, entre libertad individual e intervención política, entre unos Derechos individuales y otros sociales, no tiene cabida en singular el Código. No cabrá la unidad del sujeto; ya no habrá forma de recomponerlo ([152]). Caben las leyes, códigos multiplicados con una diversidad de sujetos sociales que ya puede venir constitucionalmente requerida per la restricción que la Codificación produjera. Resulta una rectificación obligada que parece definitivamente desahuciarla.

> Gli occhi ripresero a sorridere. «Per il Re, certo, ma per quale Re?». Il ragazzo ebbe una delle sue crisi di serietà che lo rendevano impenetrabile e caro. «Se non ci siamo anche noi, quelli ti combinano la repubblica. Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi. Mi sono spiegato?».
>
> *G.T. di Lampedusa y L. Visconti*

6. Estamos acortando distancias entre paradigmas, pero siguen unos límites presentes. Unas historias pesan. En la Codificación lo hace con su limititación de origen. Era más bien

---

República española, Barcelona, 1982; Martín Bassols Coma, *La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Madrid, 1981; José Luís García Ruiz, *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid, 1980.

([152]) Carlos Rogel, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bologna, 1985.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

externa: no la idea definitoria de reducción de la Ley a Derechos, sino el corolario inmediato de neutralización de la Justicia o, dicho de otro modo, la consecuencia sabida de identificación del ordenamiento con una legislación que determina sus propios sujetos. Lo primero es un objetivo exquisitamente constitucional, que así se encuentra desde los mismos orígenes del Constitucionalismo; lo segundo resulta un fenómeno de otro signo, que ha debido en su caso justamente corregirse para el propio desenvolvimiento del sistema constitucional.

El problema estrictamente no radica tanto en la misma identificación entre ley y derecho, que puede mitigarse, como en su presupuesto de restricción del sujeto y en su efecto de incapacitación de la justicia, que peor se remedia. Dicha identidad ya se afirma sobre el entendido de que la propia concepción del ordenamiento es disponible por norma política. Así han sufrido los Derechos o el Derecho en el que debieran constitucionalmente realizarse. La dolencia puede acusarse en la Ley, pero se produce en la Justicia. La Decodificación generalizada no es más que síntoma de la crisis del sujeto social y dominio político de la Codificación ([153]). La ley misma mal puede afrontar la situación que su propia posición provoca.

Se decodifica mediante leyes. El mismo Código se multipla aún más y se dispersa. Al anonimato vuelve, pero no desaparece. Toda ley puede ser código con su propio y particular sujeto. Ha habido propuestas de encauzamiento por la extensión de la misma Codificación, requiriéndose así un Código Social o del Trabajo que sumar al Civil o de la Propiedad, pero ni siquiera los trabajadores resultan unitariamente sujetos para las correspondientes leyes ([154]). Los hemos visto aparecer en una Constitución con especificaciones aún ulteriores. La frustración además ya se produjo respecto a la posibilidad de un Código de Derecho Administrativo, del derecho más

---

([153]) Carlo ARGIROFFI, *Crisi del Codice civile: scienza giuridica e individuo*, en Pietro PERLINGIERI (ed.), *Soggetti e Norma. Individuo e Società*, Napoli, 1987, pp. 113-140; Pietro BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984; Natalino IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; F. GALGANO, *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, Bologna, 1978.

([154]) P. GROSSI, «*La Scienza del Diritto Privato*». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896*, Milano, 1988, pp. 143-161; *Quaderni Fiorentini*, 3-4, 1974-1975, monográfico sobre el socialismo jurídico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

genuinamente decodificado ([155]). Conformaba más discrecionalmente su sujeto ([156]).

El derecho no está exactamente encerrado en la Codificación. La jurisprudencia nunca se ha reducido a una mera exégesis de la ley y el mismo Código ha podido acabar reconociendo unos *principios* que acusan su particular trasfondo iusnaturalista ([157]). El positivismo legalista se ha planteado sobre un iusnaturalismo inconfeso de una virtualidad doble: el Derecho ideal o el Orden real, el *code de nature* de la libertad individual o la *naturaleza* de la discriminación social. Este ha sido finalmente su dominio, marcando el terreno de juego de la jurisprudencia. Por esta vía no volverán como principios los Derechos. Con toda la Decodificación, para esto sigue siendo indublemente efectivo el imperio del Código.

Se aleja la misma posibilidad formal de Codificación conforme a Derechos a la que originalmente se respondía. ¿No es preferible todavia el Código? ¿No resulta concebible uno ajustado a Derechos? ¿No puede ya arbitrarse un control jurisdiccional de constitucionalidad? ¿No cabe por esta vía una reunificación del sujeto con miras a la propia efectividad más universal de los Derechos? ¿No podría afirmarse la misma Constitución como Código más efectivo y primario? ([158]). Otro además es difícilmente pensable a estas alturas, dada la misma posición actual de la norma legislativa, ya justiciable ([159]), y

---

([155]) Cesare MOZZARELLI y Stefano NESPOR, *La codificazione del diritto amministrativo. Giuristi e istituzioni nello Stato liberale*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 26, 1976, pp. 1087-1137.

([156]) Bernardo SORDI, *Giustizia e Amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985.

([157]) Gino GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. Cod. Civ.*, pp. 459-473, y *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale»*, pp. 700-701, ambos ahora en su *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*, Milano, 1981, pp. 443-474 y 651-703; Kataryna SÓJKA-ZIELINSKA, *L'equité et les codes civils du XIXe siècle*, en B. PARADISI (ed.), *Formazione del diritto moderno in Europa*, II, pp. 995-1014.

([158]) Alessandro PIZZORUSSO y Vincenzo VARANO (eds.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985; Jean MORANGE, *Vers une codification des libertés en France?*, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, 93, 1977, pp. 259-281.

([159]) Louis FEVOREU, *Actualité et legitimité du contrôle jurisdiccionnel des lois en Europe Occidental*, en dicha *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 100, 1984, pp. 1147-1201.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dada también la concurrencia de otras formas menos codificables de determinación de ordenamiento ([160]).

Son dos en esecia las preguntas: no sólo ¿qué norma mejor sino un Código?, sino también, o antes incluso, ¿qué justicia? Cabían formas que determinasen judicialmente el ordenamiento paralela y contrastadamente a la legislativa. No tiene por qué ser una cuestión ulterior o segunda. En ella realmente puede venir ahora a cifrarse el problema. Ya se halla proverbial y significativamente descuidada en los sistemas de Codificación ([161]).

El mismo planteamiento que en estas latitudes se tiene per apropiadamente constítucional acusa el problema: afirmar la Justicia es caracterizarla como *pouvoir* ([162]), *Poder Judicial* que se nos decía, poder del Estado y servicio público suyo lejos ya de los planteamientos ciudadanos ([163]). Poderes se suman. Funciones menos se habilitan. Entre los primeros puede llegar incluso, con su concentración de competencia, el de la propia jurisdicción de control de constitucionalidad. Entre las segundas la justicia no acaba de situarse y definirse.

La Justicia ha de venir definitivamente a las mayúsculas, pero no necesariamente de Poder. No precisa reforzamiento para moverse desahogadamente en el deminio de unos poderes, sino capacidad para desenvolverse resolutivamente ante casos determinados por instancia de parte y frente a todos, poderes incluídos, sin sujeción a nada que contradiga derecho, esto es costitucionalmente Derechos, y con atención a todo lo que en su respectivo grado suponga ordenamiento. El problema es de capacidad de la justicia y no de apoderamiento de la judicatura ([164]).

([160]) Dominique COLAS (dir.), *L'Etat et les Corporations*, Paris, 1988; Alessandro PIZZORNI, *I soggetti del pluralismo. Classi, Partiti, Sindacati*, Bologna, 1980; Joseph H. KAISER, *Die Repräsentation organisierter Interessen*, ed. Berlin, 1978.

([161]) A. PIZZORUSSO (ed.), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, observación de entrada debida al compilador, p. 13, y bibliografía de cierre a cargo de Renato MORETTI, pp. 535-563.

([162]) André POUILLE, *Le pouvoir judiciaire et les tribunaux*, Paris, 1985, cap. 1: «La justice, un pouvoir».

([163]) Geneviève GIUDICELLI-DEJACE, *Institutions judiciaires et jurisdictionnelles*, Paris, 1987, I-I: «La justice: un pouvoir», I-II: «La justice: un service publique», cap. preliminar: «La justice, privilège d'Etat».

([164]) Giorgio REBUFFA, *La funzione giudiziaria. Lezioni introduttive*, Torino, 1986; Shimon SHETREET y Jules DESCHÊNES (eds.), *Judicial Independence. The Contemporary Debate*, Dordrecht, 1985.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Apoderamiento mayor puede ser el del mismo órgano de control de constitucionalidad. La jurisdicción de este alcance ha venido usualmente a establecerse como un elemento agregado, con mantenimiento de la desconexión de base entre ley y justicia, para control de la una sin capacitación propia de la otra ([165]). No llega como una función estrictamente judicial por la propia incapacidad estructural de la judicatura. La misma novedad justamente ya produjo más debate y suscitó más reservas desde el punto de vista de un poder legislativo de índole representativa que de un aparato judicial de carácter profesional ([166]). Mal podía responder éste a unas funciones directas, no mediadas por ley general ni por jurisdicción especial, de valor constitucional.

El sistema constitucional, que empezó potenciando de diverso modo la legislación, acaba haciéndolo de distinta forma con la jurisdicción. Vuelve la Justicia efectivamente a ser una cuestión, si no primera, al menos no segunda. La base original de Derechos trae antes o después forzosamente la consecuencia. El poder de conformación de la sociedad por medio de leyes se encuentra ante la función constitucional más primaria de defensa de los individuos mediante la garantía judicial, no sólo normativa, de sus Derechos. Un conflicto puede finalmente producirse en el seno de todos los paradigmas constitucinonales, incluído el de base no codificada. ¿Dónde recae en definitiva la dirección? ([167]).

La cuestión también llega a las latitudes de Codificación ([168]). Ya hay un espacio de confluencia en este mismo terreno primario de la determinación del ordenamiento ([169]); los propios sistemas no codificados como el norteamericano practican procedimentos menos im-

---

([165]) Pedro CRUZ, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987; B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, pp. 186-209.

([166]) Giustino D'ORAZIO, *La genesi della Corte Costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Milano, 1981.

([167]) John HART ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), 1980; Jesse H. CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process. A Funcional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, 1980; Raol BERGER, *Governement by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (Mass.), 1977.

([168]) Mauro CAPPELLETTI, *Giudici Legislatori?*, Milano, 1984.

([169]) P.S. ATIYAH, *Common Law and Statute Law*, en *The Modern Law Review*, 48, 1985, pp. 1-28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

positivos, pero finalmente también legislativos, de codificaciones sectoriales ([170]); no ha quedado al margen ni siquiera un sistema sin codificación política y de paradigma con ello más opaco como el británico ([171]). Legislación y Jurisdicción se afirman, concurriendo ambas a la formación del derecho.

Una acción jurisdiccional que incide en la determinación del ordenamiento puede responder a la función constitucional de la relización positiva, con su motivación, de los Derechos, ya sea a favor de leyes que los impulsen, ya sea eventualmente también frente a las que, con su decisión menos condicionada, puedan negativamente afectarles ([172]). Mediante jurisdicciones más extraordinarias el mismo efecto se abre paso entre los sistemas de Codificación ([173]). La cuestión es entonces de integración; aun con sus cauces de comunicación, la justicia exactamente ordinaria puede seguir todavía debiéndose en su caso, antes que a los Derechos, a Ley, sin garantía efectiva ni medio inmediato de contraste ([174]). Tras la quie-

---

([170]) Stephen N. SUBRIN, *David Dudley Field and the Field Code: A Historical Analysis of an Earlier Procedural Vision*, en *Law and History Review*, 6, 1988, pp. 311-373; Louis LOSS, *Codification of the Federal Securities Law in the United States: A Case Study in Legislative Reform*, en Norbert HORN (ed.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Fertschrift für H. Coing*, München, 1982, II, pp. 361-371; Charles M. COOK, *The American Codification Movement. A Study of Antebellum Law Reform*, Westport, 1981; Donald B. KING, *The New Conceptualism of the Uniform Commercial Code*, Saint Louis, 1968.

([171]) Antonio LA SPINA, *Le vicende della «Law Reform» in Grand Bretagna*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 18, 1988, pp. 401-428; S.M. CRETNEY, *The Codification of Family Law*, en *The Modern Law Review*, 44, 1981, pp. 1-20; Michael KERR, *Law Reform in Changing Times*, en *The Law Quarterly Review*, 96, 1980, pp. 515-533; Robert B. FERGUSON, *Legal Ideology and Commercial Interests: The Social Origins of the Commercial Law Codes*, en *The British Journal of Law and Society*, 4, 1977, pp. 18-38; W. TEUBNER, *Kodifikation und Rechtsreform*, pp. 159-207; Aubrey L. DIAMOND, *Codification of the Law of Contract*, en *The Modern Law Review*, 31, 1968, pp. 361-385.

([172]) Michael J. PERRY, *The Constitution, the Courts and the Human Rights. An Inquiry into de Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, New Haven 1982; Richard C. CORTNER, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights. The Fourteenth Amendment and the Nacionalitation of Civil Liberties*, Madison, 1981.

([173]) L. FEVOREU y otros, *Tribunales constiticionales europeos y Derechos humanos*, Madrid, 1984; Andrew Z. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study*, Oxford, 1983.

([174]) B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988 (trad. parcial en *Mate-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bra de la identificación del Código, queda todavía integración pendiente tanto de ley como de justicia.

¿Es la Codificación el procedimiento? ¿Una de este alcance realmente cabía? Puede reafirmarse su valor todavía ([175]), pero ya se le concibió mediante una anulación de la Justicia por la que podía con toda facilidad obviarse el mismo atenimiento de la Ley a Derechos, esto es, dicho mismo tipo de Codificación recalcitrantemente inédito. Sólo pudo seguir la especie de Codigo conocida. Esta ha sido la historia y, para las experiencias hechas, elle marca los paradigmas.

Si no la cuestión, la situación empero es nueva. El valor efectivo que van adquiriendo los propios Derechos no conoce parangón, particularmente en los sistemas de Códigos. En la propia Europa está gestándose un orden constitucional con mayor énfasis en los Derechos que en los Poderes ([176]); comprende además casos que abarcan desde el de Codificación cumplida hasta el de carencia de codificación política ([177]). ¿Puede esto reducirse a Código? ¿Qué primera Codificación, qué Constitución, cabe?.

Los Derechos no pueden reducirse por definición a ley, ni siquiera a la constitucional; a èsta sólo le cabe su Declaración: un reconocimiento que no puede tasarlos ni agotarlos. Para garantizarse su misma primacía, precisan de un doble cauce de realización así contrastada: el de la ley que más puede impulsarlos y el de la justicia que mejor puede asegurarlos. Si aquí cabe una Codificación, ya tiene que ser nueva. La misma Constitución tendría que plantearse de otra

---

riali per una Storia della Cultura Giuridica, 19, 1989); Pablo PÉREZ TREMPS, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985.

([175]) *Rivista di Diritto Civile*, 26, 1980, pp. 51-91; *Il tramonto della Codificazione*, notas conclusivas de Francesco SANTORO-PASSERELLI, *Il Codice e il mantenimento dei valori essenziali* (pp. 85-91); G. ASTUTI, *Codificazione del diritto civile*, pp. 883-890; M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, pp. 165-197.

([176]) Jochen FROWEIN, *Fundamental Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe*, en M. CAPPELLETTI, Monica SECCOMBE y Joseph WEILER (eds.), *Integration through Law. Europe and the American Federal Experience*, I-3, Berlin, 1986, pp. 300-344.

([177]) R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987; H. COING y Knut Wolfgang NÖRR, *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: ein Forschungprojekt*, Berlin, 1985; Otto KAHN-FREUND, *Common Law and Civil Law. Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*, en M. CAPPELLETTI (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Firenze, 1978, pp. 137-168.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forma. Un Código ya tendría que traer una motivación de Derechos en la forma que significativamente ha sido más típica de la decisión judicial respecto a la legislativa que de èsta en relación al canon costitucional ([178]).

Ya no está la Codificación en el orden del día. Se difunde ahora la sensación de que su tiempo ha pasado. Desaparece el mismo complejo de inferioridad o de carencia de los sistemas menos codificados. No hay modelos. Del Código civil ya consta ([179]), e igual podría decirse para el político ([180]). El imperio del Derecho no es el de la Ley, menos del Código, tampoco del político, ni de principio alguno siquiera de soberanía parlamentaria, aun popular que se dijera ([181]). Declarados Derechos, el problema puede estar más en el contenido de la norma que en el modo de establecerla. La cuestión es de una legitimidad no sólo formal sino también y sobre todo material.

Las cuestiones de fondo retornan: «The true question at present is, whether those who would have reformed, or those who have destroyed, are in the right?» ([182]). Ni un Parlamento representativo tiene claramente legitimidad a los efectos constituyentes de la formación de un Código, o de Constitución o Ley que también se le diga. Son actos de Revolución: deben justificarse ante todo por su contenido. Las revoluciones cotidianas de las leyes nos han hecho perder sensibilidad jurídica. La ficción constitucional de la

---

([178]) Hein KÖTZ, *La fisonomia della sentenza (Einfürungsvortrag)*, en AA.VV., *La Sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, pp. 129-139; P. SALVADOR, *Preámbulo y disposiciones directivas*, en Grupo de Estudios de Técnica Legislativa, *La Forma de las Leyes*, Barcelona 1986, pp. 59-92; G. GORLA, *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*, pp. 705-755; Chaïm PERELMANY Paul FORIERS (eds.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978; Jürgen RÖDIG (ed.), *Studien zu einer Theorie des Gesetzgebung*, Berlin, 1976.

([179]) H. KÖTZ, *Taking Civil Codes less seriously*, en *The Modern Law Review*, 50, 1987, pp. 1-15.

([180]) Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously, with a Reply to Critics*, London, 1978.

([181]) *Ratio Juris*, 2-1, 1989, monográfico sobre *The Rule of Law*; A.R. AMAR, *Of Sovereignty and Federalism*, pp. 1492-1520; T.R.S. ALLAN, *Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism*, en *The Cambridge Law Review*, 44, 1985, pp. 111-143; Neil MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, 1982.

([182]) Edmund BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, ed. Conor Cruise O'Brien, London, 1969, p. 231.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

representación política ya no debiera otorgarle privilegio a la decisión legislativa. Debe ser ésta también jurisprudencial: motivarse en Derechos.

La misma forma de los textos normativos, y particularmente de los codificados, ha dejado de responder a unos conceptos reconocibles y reconocidos. El propio lenguaje constitucional se nos ha quedado viejo, hablándose del control de unos Poderes cuando ya debiera más inequivocamente tratarse del contraste de las funciones de unos Derechos. Modelo no hay en efecto para el Código que pudiera precisarse. Estamos como en los comienzos, con ideas o aspiraciones sin cauce ni sustento de palabras o expresiones. Algunas, como *law* o como *derecho*, o como *Constitution* y como *Code*, ya vienen prestándose a los mayores equívocos. No sólo hay problemas de traduccion externa respecto a los términos más básicos. Las palabras y las cosas también tienen su propio juego interno.

Y a nuestros efectos, ¿no caben Códigos menos legislativos o más jurisprudenciales en el sentido apuntado? La misma ley ha servido para impulsar algunos que también la transcienden: el de las medidas, hoy aceptado, o el de la lengua, todavía problemático. Pero no menos falta haría una jurisprudencia que, como el primitivo jurado constitucional, se hiciera cultura social. Entramos en un terreno de convenciones y usos que tampoco es ajeno al ordenamiento. A su determinación además ya importaban unos requerimientos corporativos de interés no sólo para las Dictaduras ([183]); los Derechos no eran finalmente sólo individuales, sino también sociales.

No se imponen ya mediante leyes los códigos de relación y conducta más precisos: civil tanto como político o mercantil tanto como laboral, o incluso el profesional de los abogados más decisivo para la propia efectividad del derecho ([184]). Las mismas inclusiones y exclusiones de materia por los Códigos no eran inocentes, como tampoco lo es la diferenciación potencialmente antinómica entre códigos éticos, de formación corporativa, y legales, de determinación parlamentaria cuando no menos representativamente politica. ¿Y qué decir del código que hubiera políticamente de me-

([183]) Lorenzo ORNAGHI, *Stato e Corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, 1984.

([184]) Giovanni COSI, *L'avvocato e il suo cliente. Appunti storici e sociologici sulla professione legale*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 16, 1986, pp. 3-73.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diar entre representantes y representados para la legitimidad y eficacia de la forma correspondiente de definición del derecho? Pero algunos puede que estén socialmente ya formándose por encima y en parte al margen de los propios textos codificados: serán jurídicos, no menos normativos por no ser legislativos.

Su razón, si realmente la tienen, sólo los Derechos pueden prestársela. Su misma legitimación de fondo prevalece sobre la forma de establecimiento. Como con la Revolución Francesa, el Código vuelve socialmente a radicar en la idea de los Derechos; como al principio de la revolución aquella, puede acariciar nuevamente perspectivas de implantación más pacifica gracias a ellos. Nunca ha existido la Codificación de Derechos, pero ahora se da su posibilidad. ¿Conviene la forma de Código? ¿Le conviene a los mismos Derechos, a un orden constitucional basado efectivamente en ellos? ¿Cabe superarse finalmente la antimonia?

¿Se corre el riesgo de reproducirse la contradicción de un principio? Una diferencia todavía existe: la *Constitución* es originariamente norma que reconoce al sujeto mediante *Declaración*; el *Código* se arroga tradicionalmente en cambio el poder de determinarlo mediante *Ley*. Así se producía la perdición de los mismos *Derechos*. Pero la ley ya no es lo que era: no tiene tan fácilmente a su alcance la provocación del cortocircuito. La situación es otra, más favorable a Constitución: a Código de Derechos.

Al inicio en efecto retornamos, pero de un modo desconocido para los comienzos. Son historia realmente sus paradigmas. Particularmente debiera serlo el de la disociación binómica de Constitución y Codificación que ahora puede manifestarse entre Jurisdicción y Legislación. Una integración social todavía desde luego se precisa para esta reintegración normativa. ¿Cabe que la traiga un Código? ¿Puede representar éste ahora el modo de accederse a la unificación indiscriminatoria del sujeto?.

Ya está viniendo la misma multiplicación de sujetos a universalizar el sujeto que la Codificación particularizara: un Derecho civil no sólo del hombre, sino también de la mujer; uno mercantil no sólo del comerciante, sino también del consumidor, o uno laboral incluso no sólo del obrero, sino también del empresario; el político además no del ciudadano activo, sino del común; el penal no de las cosas, sino de las personas; el procedimental no de ley, sino de justicia. ¿Seguirá una Recodificación? ¿Vendrá la codificación inédi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ta? El Código que aún permanece incógnito es el del sujeto igual por unitario.

> Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée National, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics ed de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les Droita naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs.
>
> *Déclaration 1789*

7. La idea de Código nos ha llevado al concepto de Derecho. O tampoco realmente una cosa nos ha conducido a la otra. Desde el mismo comienzo, desde que el proyecto de la Codificación asomara, se relacionaban ambas cuestiones estrechamente o parecían incluso identificarse: la ley debe afirmase como constituyente y desplegarse en un código para establecer y asegurar el sujeto del ordenamiento. El derecho es ley porque su código son los Derechos. Era el concepto de partida de la idea estricta de Codificación.

Nunca se ha realizado. Se pierde el concepto de Derecho conservándose el de Ley. Nace el Código, con independencia de los Derechos. O nacen los Códigos, con indiferencia hacia la unidad de sujeto. No se vuelve a un ordenamiento de estructura sectorializada y carácter jurisprudencial porque el derecho ya es ley de alcance constituyente y capacidad sistemática. Es el extremo finalmente más definitorio. En cuanto a la composición de los sujetos puede regresarse a planteamientos precedentes: variados y sin Derechos.

No es un juego de palabras: en época de Consituciones la Codificación permite el derecho sin Derecho, la constitución sin Constitución. La Declaración de Derechos le confiere necesariamente su primer impulso, pero, con modelos como el napoleónico, ya podrá resultar prescindible para otros planteamientos. Podrá el propio Código civil suplir Constituciones políticas. Representa el imperio de la Ley que basta para un sistema sin base de Derechos o, propiamente así, sin Constitución.

Resultaba cierto que la Codificación comienza por la Constitución o, más específicamente, por la Declaración de De-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rechos, pero son en cambio inciertos los corolarios: ni toda Codificación presupone Constitución ni toda Constitución supone Codificación. El mantenimiento de la propia Declaración de Derechos de valor normativo tanto inicialmente estorba la Codificación como con posterioridad, en su caso, precipita la Decodificación. El Código es un resultado normativo de la Revolución constitucional, pero no su culminación jurídica. En rigor, nexo no hay entre la Constitución en su sentido más sustantivo y la Codificación. Se interponían los Derechos; lo hacía la Justicia. Con ésta no cabe el Código.

La recuperación efectiva de los Derechos en tierras de Codificación constituye una carga de profundidad en la línea de flotación de los Códigos. Retorna el asunto del sujeto. O vienen más bien los sujetos, aquellos que discriminara la Codificación, de la mujer al trabajador, del menor al incapaz, del particular no comerciante al ciudadano no censado, de todos ellos al extranjero. Por medio de las Declaraciones constitucionales llegan a la condición de sujeto otros distintos al varón proprietario mayor de edad más característico, aunque no exclusivo, de la Codificación. No sólo es ahora que, en un mundo normativo sin Derechos, se presenten variantes a disposición de la Ley; resulta finalmente que se multiplican los sujetos de Derechos no disponibles por ley.

Una característica originaria del Código se debilita y otra no se recupera: la ley es menos constituyente y el sujeto no es tan unitario. Los Derechos, originariamente, no se habían rstringido o exclusivizado de forma expresa; se concebían como de la humanidad aunque luego resultasen de dicho sujeto socal. Pero, con la misma interferencia de la Codificación, su comunicación a otros sectores no ha venido por vía de extensión. Las Declaraciones constitucionales han agregado sujetos. La Decodificación les ha brindado no menos agregativamente ordenamientos. El efecto no puede decirse que resulte favorable al propio propósito de rectificación de unos Códigos. El descontrol del derecho nunca puede convenir a los Derechos.

Ante un ordenamiento estructurado de forma que ofrece indudables garantías pero que no responde en sí a los Derechos, ¿hemos de volver a los tópicos de la Ilustración? La situación desde luego no admite comparación, pero una misma cuestión puede que corresponda: ¿no es hora de replantear desde sus bases la realidad del derecho? ¿No conviene buscar y establecer un Código unitario? Y

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ahora más que entonces unidad debe ser la del sujeto, predicándosele un ordenamiento que igualitariamente a todos corresponda porque corresponde efectivamente a cada uno.

Recuérdense expresiones de la *idea de Código en la Ilustración jurídica*, ahora fuera con esto de contexto pero dentro con todo de sentido ([185]). José Clavijo y Fajardo en 1762: «El cuerpo de Leyes es una intrincada y exorbitante Librería»; Pablo de Olavide en 1768: «Carecemos del código de leyes ordenadas y seguidas por principios y en forma de sistema»; Alfonso de Acevedo en 1770: «Muchas son las leyes, varias son las recopilaciones, pero esta multitud y abundancia nos escasea las noticias más importantes del derecho»; Juan Meléndez Valdés en 1791: «Las partes en fin todas del Código civil, ¿por qué triste necesidad han de ocupar volúmenes sobre volúmenes y no habrán de reducirse ya, después de tantas luces y experiencias, a pocas leyes claras, breves, sancillas?», a «unidad de sistema». Y todavía no se operaba con un concepto incondicionalmente legalista de *sistema* o con una categoría exclusivamente impositiva de *ley*. No existía todava la idea formada de Código.

El presupuesto explícito de partida era el de un *derecho de naturaleza* de cuya inspiración dependía la propria legitimidad de las leyes. Hay un paradigma anterior a la Revolución que no concibe la Codificación, pero que propugna una simplificación del ordenamiento positivo presidida por principios naturales: «Tous (les auteurs de systèmes) pensent qu'il convient de substituer des règles simples et élémentaires, puissées dans la raison et dans la loi naturelle, aux coutumes compliquées et traditionnelles qui régissent la société de leurs temps" ([186]). Era un principio: *loi naturelle* inspirada por simple *raison*. Se trataba de un *derecho natural* de sujeto humano y no del *ius naturale* tradicional, en cuyo sistema de base ni siquiera cabía la figuración de la categoría ([187]).

Explícitamente además ya operaba la concepción del sujeto como elemento de articulación del sistema ideado pese a su misma pluralidad y dispersión en el orden establecido. Ya se trataba de unas

([185]) Aludo al artículo citado en nota 52, en el que se registran las referencias de las manifestaciones que siguen.

([186]) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, ed. cit., I, p. 194.

([187]) B. CLAVERO, *Almas y Cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna*, a publicarse en memoria de G. Tarello por la Universidad de Génova, *De los dudosos orígenes de los derechos humanos*, en *Quaderni Fiorentini*, 17, 1988, pp. 499-505.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

simplificaciones conexas, no sólo del ordenamiento sino también del sujeto. Este se afirmaba en su doble sentido como *subiectus*: objeto de supeditación políticamente general y sujeto de ordenación civilmente sectorial, ambos en una misma noción de individualidad humana. Si alcanzaba alguna unidad antes de la Revolución constitucional es en la acepción primera, como objeto. Existe este primer tiempo de gestación ([188]), que no es todavía nacimiento. Aún faltaba. A ello ya venía la propuesta de abandono de un ordenamiento que le era ajeno y de fundación de un derecho que le fuera propio ([189]).

Sirve la ley, exactamente sirve para la implantación de un orden previamente definido como natural del sujeto y así no dependiente de la misma determinación política. Prima la naturaleza de signo humano. O debe hacerlo. Precisa el instrumento legislativo para conseguirlo frente al mismo *ius naturale* socialmente establecido. La ley habrá de venir a fundar este sujeto de razón, con su naturaleza alternativa. No lo había habido con anterioridad, sino precisamente *pluralitas hominis legalis et unitas plurium formalis*; no se habían concebido históricamente *derechos del sujeto*, sino significativamente de objetos que le transcienden como de la *sepultura* de su cuerpo o de la *fama* de su alma ([190]). La materia de *persona* debía venir resolviéndose en la de *status* de alcance igualmente transpersonal ([191]). No hay que sumergirse en la jurisprudencia para encontrar unos conceptos que se anuncian en sus títulos; con facilidad se les topa si no interponemos los nuestros.

No sólo ocurre con la voz de código que, cambiando más las cosas que las palabras, revolucionándose las unas y no las otras, puedan luego retroproyectarse significaciones. En la historia no hay sujeto humano; no existe en ella la persona. Los antropólogos, habituados a

---

([188]) Roman SCHNUR, *Individualismus und Absolutismus. Zur politischen Theorie vor Thomae Hobbes (1600-1640)*, Berlin, 1963.

([189]) Lucien JAUME, *Citoyenneté et souveraineté: le poids de l'absolutisme*, en K.M. BAKER (ed.), *Culture of the Old Regime*, pp. 515-534; Michael STOLLEIS, *Untertan — Bürger — Staatsbürger. Bemerkungen zur juristischen Terminologie im späten 18. Jahrhundert*, en Rudolf Vierhaus (ed.), *Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung*, Heidelberg, 1981, pp. 65-99.

([190]) H. COING (ed.), *Handbuch der Quellen unbd Literatur*, II-I, 1977, pp. 335, 337 y 586, con la contradicción entre epígrafes — *Rechtssubjekt* y *Persönlichkeitsrecht* — y la materia de sus títulos.

([191]) H. COING, *Europäisches Privatrecht*, pp. 168-171 y 220-221, con el mismo género de contradicción.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

estas otras realidades, ya nos advierten que esta categoría del individuo es creación en rigor de la Europa moderna ([192]). Esta era la criatura que abría la posibilidad del Código. Cambiada así la misma *naturaleza* : su concepción que sustentaba el propio orden social. Ha cambiado el *derecho natural*, que ahora cuenta con un sujeto humano. Una serie larga de vocablos esenciales para el ordenamiento o toda una constelación de conceptos que le resultan básicos, sufren la transformación. Código sólo era una cifra.

El dilema no estaba entre *iusnaturalismos* o tampoco se expresa bien con este término. Nunca se insistirá bastante en el equivoco. No estamos ante variantes de un mismo concepto, sino de cara a diversos gèneros de concepciones. Que importe a nuestra época contemporánea, tras le Revolución, una concepción brota a la luz del la Constitución: la *nature* de los *rights*, naturaleza del sujeto, y otra alternativa emerge a la sombra del Código: la *nature* del *droit*, naturaleza de la sociedad. En un caso resulta postulación de una libertad; en el otro, asunción de un orden. Como principios no admiten composición; son en cuanto tales excluyentes.

Tras la Revolución, el equivoco ya lo provoca la Codificación misma. La hemos visto expresamente plantearse como *code de nature* que viniera a consagrar los Derechos para acabar la misma *naturaleza* fundando su degradación incluso bajo Constituciones que comenzaban con Declaración. Realmente el legalismo del Código ha sido la forma del iusnaturalismo menos humanista en los confines mismos del orden de Constitución. Como podría testimoniar la misma exégesis, el positivismo normativo contemporáneamente se mueve entre la constatación de hecho y el encubrimiento de derecho sin capacidad para ofrecer una alternativa interna a un sistema de principios como el constitucional; se ha encerrado en la ficción de constituir una posición sustantiva ([193]). Ya era el ensueño de la Codificación.

El Código ha podido finalmente resultar el monstruo producido por el sueño de la razón iusnaturalista ([194]). Con sus elementos com-

([192]) Louis DUMONT, *Homo Aequalis. Genèse et épanouissement de l'idélogie économique*, Paris, 1977, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, 1983.

([193]) N. MACCORMICK y Ota WEINBERGER, *An Institutinal Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986, pp. 111-144.

([194]) Capricho 43 de Goya, *El sueño de la razón produce monstruos*: R. ORESTANO,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

partidos de limitación social y reducción política del sujeto ([195]), pudo realmente ser el sueño de unas Monarquias ilustradas hecho realidad por un Imperio iluminado. La ilustración la ha traído un Racionalismo; la iluminación, una Revolución. El primero ya podía figurar un sujeto, pero sólo la segunda ha aportado un derecho que lo constituye. El poder de concebir el Código como forma de establecimento del sujeto no duplicado como objeto ha sido la aportación genuina de la Revolución. Luego la Codificación ha servido al Poder mismo, reduplicàndose el sujeto.

Hay un terreno de confluencia, pero no de coincidencia. Podrá haber un iusnaturalismo de tradición historica resistiendo inicialmente a Revolución o vacilando ulteriormente entre los géneros contemporáneos, el ius(socio)naturalismo y el ius(humano)naturalismo. En la realidad todavía marca las distancias el acontecimiento de la Revolución. Sin ella, con el tracto histórico, se mantiene un grado muy superior de discriminación de sujetos o, mejor dicho, se produce una verdadera imposibilidad de su figuración unitaria. No es sólo cuestión de distancias. La misma posibilidad de concepción social del sujeto es una aportación especificamente revolucionaria. Las mismas discriminaciones venían anteriormente en lo sustancial dadas; antes de la Revolución el ordenamiento no tenía ni siquiera capacidad para definir por sí mismo su sujeto. No era responsabilidad suya.

Pudo entonces constatarse para el caso coetáneo de un presunto Código como el prusiano, cuya incoherencia interna justamente se comprueba: «Il arrive ainsi que ce code, rédigé par les ordres d'un éléve de nos philosophes, appliqué aprés que la Révolution française a éclaté, est le document législatif le plus authentique et le plus récent qui donne un fondemente légal á ces mêmes inégalités féodales que la Révolution allait abolir dans toute l'Europe» ([196]). Era una cuestión de incapacidad. La cultura ilustrada abre un horizonte, pe-

---

Edificazione e conoscenza del «giuridico» in Savigny, pp. 56-66, en *Quaderni Fiorentini*, 9, 1980, pp. 21-68.

([195]) Hans-Peter SCHNEIDER, *Der Bürger zwischen Stadt und Staat im 19. Jahrhundert*, en *Der Staat*, 1988, Beiheft 8, *Res publica. Bürgerschaft in Stadt und Staat*, pp. 143-160; P. CAPPELLINI, *Systema Iuris*, I, *Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, pp. 53-90; R. KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution*, pp. 23-149 y 660-662.

([196]) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, ed. cit., I, p. 270.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ro sólo el acontecimento revolucionario permite una concepción. El Código todavía puede representar la Revolución ([197]). En su idea podía cifrarse una modernidad de orden no sólo social sino también, legitimándolo, cientifico: revelación de la naturaleza más material ([198]). Aunque ciertamente, dado su tenor, dado el iusnaturalismo no humanista que pudo cobijar, la confusión se produjo. No sólo es de los historiadores.

Ha podido plantearse la Codificación incluso respecto de ordenamientos de base religiosa más refractaria al naturalismo de los Derechos, pero ya también la misma ha debido luego deslizarse hacia este otro terreno ([199]). El ius(sobre)naturalismo de tracto tradicional, perdido su medio histórico, puede llegar a identificarse con el iushumanismo. En cualquier punto que la evolución se encuentre, la Revolución ha ocurrido definitivamente para todos. Todo ordenamiento a estas alturas se ve enfrentado al dilema real de los principios: resulta enteramente responsable de su sujeto, de las limitaciones y discriminaciones que en su interior o por su causa puedan producirse.

No hay religión ni forma alguna de moral social ni ideología politica que escape hoy de esta responsabilidad; tampoco ya se eximen poderes ni administraciones ([200]). Puede haber todavía coartada, pero no escapatoria. El mismo Código ya ofrece más lo primero que lo segundo. Con la recuperación de los Derechos, mejor finalmente se aprecia que la propia Codificación no era una cuestión formal de facturación y arreglo de las normas, sino un problema sustantivo de concepción y contenido del ordenamiento. Es el testimonio que rinde realmente la historia.

Pero la impresíon aparente es otra. Con su variedad de casos, ajenos algunos a Derechos, la misma historia acaba en efecto ofreciendo

---

([197]) Elisabeth FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht. Die Einfürung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, Göttingen, 1974.

([198]) B. CLAVERO, *El Código y el Fuero*, pp. 41-52.

([199]) Alfredo GÓMEZ DE AYALA, *Il «soggetto» nella nuova codificazione canonica*, Milano, 1985; P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, en *Quaderni Fiorentini*, 14, 1985, pp. 587-599; Eugenio CORECCO, Niklaus HERZOG y Angelo SCOLA (eds.), *Les droits fondamentaux du chrétien dans l'Eglise et dans la société*, Freiburg, 1981, a la vista de la misma Codificación, la de 1983.

([200]) Andrea ORSI BATTAGLINI, *«La astratta e infeconda idea». Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, en *Quaderni Fiorentini*, 17, 1988, pp. 569-614.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una imagen de la Codificación al alcance de cualquier ordenamiento sin requisitos como el de la Revolución. Puede parecer finalmente más un expediente conservador de fijación que un fenómeno revolucionario de transformación. Todas las dificultades del principio pueden ir encajando, incluidas la de recalcitrante apariencia de una Codificación indiferente, no sólo a Revolución, sino también a Declaración y Constitución, y la de persistente imagen de unos Códigos nutridos menos por el alimento de unas transformaciones sustantivas que por una digestión doctrinal más lenta y endógena. Ha sido tal el cambio, de tal modo ha afectado no sólo a las ideas sino también al propio lenguaje, que él mismo produce los espejismos, creando tradición ([201]).

La historia de la Codificación se ha perdido realmente en su prehistoria: en unos orígenes ideales del propio producto de la Revolución. El mismo contraste entre el orden previo sustancialmente no codificable de estructura sectorializada y composición jurisprudencial, por una parte, y el ordenamiento que puede en cambio ser reducido a Código, por otra, difícilmente se pone de manifiesto en la propia historia del derecho ya venida al estudio de estos tiempos modernos ([202]). La Codificación puede seguir apareciendo, no como variante particular de un determinado sistema con su correspondiente problemática sustantiva, sino como el logro final de unas aspiraciones seculares de ordenación formal del derecho con independencia de contenidos. Con esta imaginación ya pudo perderse la temporalidad de la Codificación.

Ilusiones se han forjado con la Codificación. De ella vienen formalmente predicándose por los juristas y materialmente apreciándose por los sociólogos unas virtudes de ajuste y certeza del derecho que por sí solas bastarían para explicar tanto su éxito jurídico como su razón social. Pero ya estamos de vuelta; en vez de *la certeza*

([201]) Eric HOBSBAWM, *Inventing Traditions*, en E. HOBSBAWM y Terence RANGER (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1983, pp. 1-14; K.M. BAKER, *On the Problem of the Ideological Origins of the French Revolution*, en Dominick LACAPRA y Steven L. KAPLAN (eds.), *Modern European Intellectual History. Reappraisals and New Perspectives*, Ithaca 1982, pp. 197-219.

([202]) G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, pp. 123-132; B. CLAVERO, *Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986, pp. 37-44.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

puede volver a insinuarse incluso *la fantasia* ([203]). En la realidad tales prendas de los Códigos venían a menos por una Decodificación que no les era ajena. Producían unas reducciones ya en origen, la que lleva a decodificar: la sustantiva del sujeto, y las que no se superan por mucho que se decodifique: las formales de unos principios y una justicia. Ya suelen clásicamente advertir más lo primero los sociólogos que lo segundo los juristas ([204]).

Los mismos Códigos encubrian el doble problema de los principios no textualizables y la justicia no mecanizable. La primera ilusión ya fue la del conocimento y previsibilidad generales del derecho que hiciera inútil la previsión y entendimento particulares de la justicia; o fue primero el espejismo de que la norma de factura política, con ser representativa, podía por sí sola hacerse cargo de la realización de los Derechos. Con la supeditación resultante ante la singularidad de la Ley y la perplejidad sobrevenida por la multiplicación de las leyes, ni la Justicia puede asegurar una concreción del Derecho. Non son sólo cuestiones filosóficas, pero los advertidos son ahora sobre todo, más que sociólogos, juristas y antropólogos, precisamente los filósofos ([205]).

¿Puede el ideal ilustrado recobrar sentido? ¿Interesa todavía la recuperación del iusnaturalismo más humanista? ¿Podemos asi también nosotros saltar sobre la historia? ¿La operación cabe? ([206]). Nuestro mundo desde luego es otro. No estamos ya por supuesto en la Ilustración primitiva, en su grado verdaderamente nulo de desconocimiento e inexperiencia de paradigmas, pero tal vez aún conviene situarse en un paradigma cero de planteamiento ingenuo. ¿Cabe e interesa en nuestra situación actual el Código?.

([203]) P. GROSSI, *La fantasia nel diritto*, en estos *Quaderni Fiorentini*, 15, 1986, pp. 589-592, con sus referencias respectivas a Flavio LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, ed. G. Astuti, Roma, 1950, y Vincenzo PANUCCIO, *La fantasia nel diritto*, Milano, 1984.

([204]) Max WEBER, *Economia y Sociedad*, trad. México 1964, I, pp. 639-648: «Las cualidades formales del derecho revolucionariamente creado».

([205]) R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), 1986; Joseph RAZ, *The Authority pf Law*, Oxford, 1979; John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), 1971; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961.

([206]) Ernest BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, 1961.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'twas a time when Europe was rejoiced,
France standing on the top of golden hours
And human nature seeming born again.

William Wordsworth

Sacred Truth has pronounced that Greece & Rome, as Babylon & Egypt, so far from being parents of Arts & Sciences as they pretend, were destroyers of all Art.

William Blake

8. Espacio puede que el Código todavía tenga. La misma Europa ya es otra, en su trance de construcción jurídica: puede ella misma agradacer a estas alturas le ingenuidad. Más que una Constitución de Poderes y aún que una mera Declaración de Derechos puede interesarle la novedad de un Código: el Código de éstos y no de aquéllos, el Código que como tal viene frustrándose desde los mismos orígenes del sistema constitucional, el Código que hoy puede contar con unas posibilidades hasta ahora llanamente impensables.

Mas tampoco puede contentarse el Código con ocupar un sitio vacante. No debe venir a incrementar el derecho, sino a simplificarlo. Debe desplazar ordenamientos. La función puede que todavía también le quepa. Una Codificación de Derechos del sujeto único y universal que sólo puede darle coherencia y sentido, habría de traer una consecuencia de inhibición de Parlamentos y animación de Justicias. Tendría que producir un efecto reductor de Códigos, de los codificados y de los decodificados.

Podría volver a pensarse incluso en una justicia sin ciencia propia, con la sola guía sustantiva de tal especie de Código situado cultural más que impositivamene por encima de los otros elementos, a disposición éstos ya de las partes, con su información contradictoria no sólo de hechos, ya de la comunidad, con su diversidad de vias también entre sí contrastables: representativa, corporativa y aleatoria; general, sectorial y vecinal; de leyes, convenios y veredictos. No debieran caber en realidad más Códigos que el de los Derechos y el de los Procedimientos, ninguno limitado a las materias constitucional y procesal más clásicas y ambos además tampoco finalmente reducibles a leyes indisponibles.

¿Es todo esto fantasia? ¿Resulta ingenuidad? Necesidad y posibilidad ya hay. Para los Derechos la profesión del Juez no era menos peligrosa ni más legítima que la de la Ley. Nadie, ni Parlamento ni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Magistratura, tiene de por sí autoridad para definir sustancialmente un derecho objetivo. Sólo lo hay subjetivo. El resto ya debiera consistir tan sólo en procedimiento, incluído junto al judicial el parlamentario. Y la reducción ya parece que cabe. Desde un concepto material de la Justicia que supedita a los individuos hasta otro procesal que les sirve, puede darse el paso sobre la base de que opere una Constitución sustantiva, esto es, solamente de Derechos, y otra orgánica, esto debe ser, de procesos así funcionales.

La Codificación más sustantiva, además de indeseable, es imposible. Integral nunca ha existido; su pretensión de complitud finalmente se basaba en el presupuesto de unas limitaciones. Los Códigos realmente se inhibían, no ante unas libertades, sino respecto a unos poderes, de orden familiar, económico y político. Esto los hacía posibles. En países en los que, como España, se ha producido recientemente una recuperación del orden constitucional sin revisión del paradigma, puede ahora asistirse a los voluntariosos esfuerzos de una legislación algo menos todopoderosa y bastante más impotente: reformas sobre reformas de los Códigos por no poderse confiar en la Justicia. El principio de legalidad ha pasado de ortopedia a impedimento. Y Europa se compone de Españas, presentes y venideras.

Y sería la de Derechos y Procedimientos una Codificacíon efectiva. Vías de sustracción politíca o social ya no cabrían porque su mismo ordenamiento se atuviera a las funciones definidas por una tradición caracterizada por sus limitaciones, sino que más consecuentemente respondería a un primado constitucional: el de aquellos Derechos de sujeto único, esto era, igualitario. Las mismas libertades individuales cabe que se vigoricen con prácticas no sólo representativas sino también corporativas. Constituirían procedimientos definidos y articulados por dicha función sustantiva. Estos Códigos tendrían capacidad de informar conductas de una forma y en un grado que no ha estado de hecho al alcance de Declaración y Constitución ni siquiera en las latitudes de inferior Codificación. Quebec no era Francia. América no es Europa, ni antes ni ahora.

Entre Codificación y Constitución aún cabe una identidad. Ya podía ser el de Código un concepto bisoño. Hay trabajo en efecto todavía. No se diga que no quedan paradigmas por pensar y prever, incógnitos y nonnatos, de concepción palpablemente posible y parto presumiblemente viable. La historia los marca, pero no los determi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

na. La historiografía también puede finalmente imaginarlos. Aunque nada haya que inventar en lo esencial; no se necesitan otros Derechos, sino otro derecho tan sólo. No se precisa a estas alturas una nueva naturaleza humana, sino algo infinitamente más modesto: un Código nuevo. El problema de Europa es europeo, ayer como hoy.

Los paradigmas conocidos de la Codificación han caducado, pero nada quita que unos inéditos quepan. Confrontarse los unos permite afrontarse los otros. Al menos en este asunto el conocimiento de realidad pretérita despeja el horizonte de posibilidad futura. Puede desengañar de una cultura: la que ha producido el Código recluyendo al orden constitucional en un paradigma tan entrañable para el Poder como extraño para el Derecho. Prohijándole, lo anuló. Ahora, finalmente, sólo puede tratarse de la emancipación. ¿Lo logrará un Código? *Qui trouvera le mot?*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CLOVIS DO COUTO E SILVA

LE DROIT CIVIL BRESILIEN APERÇU HISTORIQUE ET PERSPECTIVES D'AVENIR

Introduction.

Pour connaître la situation actuelle d'un système juridique, bien que dans ses grandes lignes, il faut avoir une idée de son développement historique ainsi que des influences qui lui ont marqué les solutions au long du temps. Autrement on aura la juxtaposition de solutions juridiques, sans définir sa structure intérieure. Aussi convient-il d'examiner la position du droit d'un pays déterminé, face aux codes les plus influents. Ceci dit, la question est donc de savoir dans quelle mesure le droit privé brésilien, spécialement le Code civil brésilien a subi l'influence du Code Napoléon (1804) ou du Code civil allemand, de 1900, sachant que celui du Brésil a été publié en 1916.

Il serait convenable aussi de signaler que la plupart des codes latino-américains ont subi une profonde influence du Droit français — et cela ne pourrait pas se passer autrement — puisqu'ils ont été édités avant 1900. On ne peut pas dire, pourtant que ce soit passé de même avec le Droit brésilien. Cependant ce n'est pas difficile d'établir les raisons par lesquelles le Droit brésilien ait maintenu son immunité face à l'influence du Code Napoléon, au contraire de ce qui s'est passé par rapport au Code commercial brésilien de 1850, qui s'est fortement soumis aux influences du Code commercial français de 1807. La principale raison de cette immunité se doit donc au fait d'avoir été en vigueur dans le pays les Ordonnances Philippines, avec leurs lois complémentaires, publiées au long du siècle, en ayant compte que ce corps législatif a été appliqué au Portugal, de 1603 à 1867, et au Brésil jusqu'à ce que son Code civil entre en vigueur, en 1916, donc durant plus de 300 ans.

Le premier point — qui apporte l'originalité au Droit civil brésilien — est celui da ne pas avoir adopté ni largement reçu les

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contributions du Code civil français, vu son importance face à la doctrine du Droit commun.

La raison en est dûe peut-être à ce que l'on n'ait pas eu au XIXème siècle une révolution, à l'exemple de ce qui s'est passé en Italie avec le «Risorgimento» qui a favorisé, sans doute, l'absorption de certaines idées du Code civil français par le Code civil italien de 1865. Les juristes brésiliens, antérieurs à l'indépendance du Brésil, étaient tous des praticiens du droit, soucieux de l'application des principes des Ordonnances et de leurs Lois Complémentaires ou Extravagantes par les Tribunaux. Avec l'Indépendance du Brésil en 1822, il s'est passé l'inverse: de grands juristes sont apparus, spécialement Teixeira de Freitas. La Constitution même de 1824, qui a été la Constitution Impériale, avait déterminé par son article 179, n.° XVII, l'organisation d'un «Code civil» et d'un «Code criminal» fondés sur les bases solides de la justice et de l'équité.

Pour avoir un aperçu à propos du Droit civil brésilien, il faudrait peut-être diviser le travail en deux parties. L'une où l'on puisse exposer la situation du Droit portugais et brésilien et le Code civil brésilien et une autre contenant les progrès y apportés. En ce qui concerne la première partie encore, on pourrait examiner le développement historique du Droit brésilien, surtout sa position face au Code Napoléon. Tout de suite après on établirait les principes du Droit civil brésilien actuel, et plus spécialement l'orientation du Projet du Code civil brésilien, en n'en donnant qu'un bref aperçu.

1. *Le «centralisme» juridique et le droit civil bresilien*

La particularité la plus importante du Droit civil brésilien, c'est son développement organique, sans accidents remarquables, depuis la période des juristes du temps des Ordonnances jusqu'à nos jours. La raison de ce développement peut être retrouvée dans la centralisation, que je préfère appeler «centralisme» juridique, en vigueur à partir des Ordonnances Manuélines, aussi bien que dans le Droit romain, qui s'est insinué dans cette législation et dans le droit subsidiaire utilisé pour remplir ses lacunes. Là-dessus, une question importante se pose toujours: pourquoi n'a-t-on pas reçu au Brésil le Droit français, à l'exemple de ce qui s'est passé en Italie pour son Code civil de 1865 et dans une large mesure, pour le Code civil portu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gais de 1867? Quelles sont les causes de cette immunité, tandis que d'autres pays de tradition juridique importante, dont l'Italie est le principal représentant, n'ont pas pu éviter ou ont même désiré recevoir, en plus des classifications, les principes généraux contenus dans le Code Napoléon.

Au XIXème siècle, aucun droit n'avait eu d'influence pareille à celle du Code Napoléon, deux éléments fondamentaux ont contribué à cette influence: l'excellence même de ses principes, sa modernité et le prestige culturel de la France. Lequel aura-t-il prévalu? On ne saurait pas le dire. Il nous semble que tous ont été également importants. C'est une question encore sujette à discussion celle de la réception, car l'on ne peut pas affirmer que c'est l'excellence d'un code qui constitue le facteur primordial de sa réception ni si c'est le prestige culturel — et actuellement politique et économique des nations hégémoniques — qui constituent, d'eux-mêmes, le facteur prépondérant de transfert de leurs solutions juridiques aussi bien que de leur méthodologie particulière.

A partir des Ordonnances Alphonsines, le Portugal a eu une législation unitaire et centralisée. La philosophie qui a impregné les Ordonnances, à compter de la première — les Alphonsines — (de 1446 ou 1447), celle de coordonner la législation, lui a donné de l'unité, en même temps où il se manifeste la décadence du droit local et coutumier. Cette philosophie a été maintenue par les postérieures Ordonnances Manuélines et Philippines. Le «centralisme» est ainsi un phénomène ancien du droit portugais. Inutile donc de discuter à propos de la supériorité du droit coutumier local, une fois que le Droit romain n'a pas été que l'inspirateur de la législation générale portugaise, mais qu'il a été aussi une source subsidiaire importante [1].

Au XVème siècle, face au remarquable foisonnement des lois, la consolidation des dispositions en vigueur est devenue indispensable, si bien que les Ordonnances Alphonsines s'y sont engagées. Ces Ordonnances se divisaient en 5 livres. Dans le quatrième on trouve la matière de Droit civil, où sont disposés les régimes des marchands étrangers; l'affrètement des bateaux; la conclusion des contrats; l'usure; contrat de travail; vente et achat; succession, y-

[1] ALMEIDA COSTA, *Apontamentos de História do Direito*, Lisboa, 1979, pp. 473, 485.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inclus les testaments; tutelle et curatelle; caution; donation; location; régime de terres et prescription, et ainsi de suite.

Voilà le noyau initial où sont synthétisés, sans système, certes, les principaux modèles qui se maintiendront, avec des modifications profondes, il est vrai, jusqu'à nos jours. Ainsi, les dispositions du Droit romain, ramassées dans les sources ou dans les lois de Siete Partidas (la loi de Castella qui a été le droit positif avant les Ordonnances), les coutumes du royaume et les décisions des Tribunaux, constituent désormais le droit écrit et sont appliquées régulièrement.

Cela se doit au fait que les études que l'on faisait à l'Université de Coimbre étaient celles de Droit romain et celles de Droit canon, et, aussi que dans le corps administratif des chancelleries de toute l'Europe, il y avait des gens avec cette formation.

Donc, l'influence du Code Justinien ne pourrait être que très importante déjà auprès des Ordonnances Alphonsines.

A son tour, la Consolidation des règles dans un Code — y compris les coutumes — a affaibli celles qui n'ont pas été incluses dans les Ordonnances. C'est pourquoi il s'est produit un fait particulier qui aura d'énormes conséquences dans l'avenir: le «centralisme» juridique portugais qui s'établit au temps des découvertes et qui a été emmené aux points les plus divers du monde par les caravelles civilisatrices.

Cependant, même si ces Ordonnances constituaient le droit national, elles n'étaient quand même pas étudiées à l'Université, en 1772.

Il y a eu, alors, la prédominance absolue du raisonnement d'après le Droit romain, qui était d'ailleurs, avec le Droit canon, un droit subsidiaire, c'est à dire, à être appliqué lorsque l'espèce n'était pas prévue dans les Ordonnances en question. Il est curieux aussi d'observer qu'il y a eu au Portugal, au Moyen Age, certes, un régime féodal, mais vu l'absence des contrats féodo-vassaliques, plusieurs auteurs nient l'existence de ce féodalisme ([2]). A cause de ce «centralisme», «l'ascending conception of government and law»,

([2]) V. Marcello CAETANO, *História do Direito Português*, pp. 149-176, Lisboa/São Paulo, 1981. Il n'y a jamais eu, dans le Droit portugais, par exemple, rien de pareil à la «Magna Carta», où la caractéristique féodale est évidente, puisque le roi s'oblige face aux barons en affaiblissant le Pouvoir Réel (W. ULLMAN, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, London, 1966, p. 171).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de Ullmann, n'a pas réussi. Cette conception de Ullmann signifie que le droit se concentre sur le peuple lui-même, d'où il résulte que les organismes qui exercent ce droit, en tant que délégués du pouvoir, sont responsables devant la loi. L'autre conception est celle où le pouvoir provient du Roi, le peuple n'ayant aucune participation prépondérante, et qu'Ullmann appelle «descending conception of government and law» ([3]). Dans le droit portugais, il a prévalu la «thèse descendante», à partir des Ordonnances Alphonsines, au contraire de ce qui s'est passé pour le Droit anglais, où le fondamental était «La ley de la tierra», dont l'élaboration comptait avec la participation du roi, des nobles, du clergé, ainsi que de toute le communauté du royaume. Vu la différence remarquable de ces deux conceptions, il découlera des conséquences importantes de l'étude du droit (les Inns of Court dans le droit anglais) et au Portugal, le maintient du Droit romain et canonique pendant longtemps, ce qui a donné lieu aux conceptions systématiques qui viendraient quelques siècles après.

Pour que le système des Ordonnances Manuelines et Philippines garde son intégrité, les lacunes étaient remplies par l'application du Droit romain et canonique et en cas d'omission de ceux-ci, par les gloses d'Accurse et de Bartole, à condition que celles-ci ne fussent pas contraires à la «communis opinio doctorum», selon ce qui a été imposé depuis les Ordonnances Manuelines.

C'est pourquoi, affirme Guilherme Braga da Cruz, «l'attribution de valeur normative au Portugal, à la Glose Magna, d'Accurse et aux opinions de Bartole, à titre de droit subsidiaire — qui dure jusqu'au XVIIIème, 1769, représente un cas particulier dans le cadre des droits européens. On dit que seulement en Italie la glose d'Accurse, mais pas celle de Bartole, a été obligée d'être appliquée subsidiairement par les Statuts de la Ville de Véronne». ([4]) Cette disposi-

---

([3]) V. ULLMANN, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, cit., p. 20 et s. Le droit public portugais connaissait la «Curia Regia» ou «As Cortes», comme on les a appelées plus tard. Malgré l'importance de leurs fonctions au long de temps (V. spécialement Marcello CAETANO, *Subsídios para a História des Cortes Portuguesas*, Lisboa, 1961; ID., *História do Direito Portugués*, cité, pp. 475-480, où sont disposés les rapports des réunions des Cours, sous le royaume de D. João I et D. João II, de 1387 e 1490) elles n'avaient pas la même fonction législative que le Parlament anglais.

([4]) Guilherme BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário na História do Direito Portugués*, Coimbra, 1975, p. 221, note 56; Nuno ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tion provient de la «Carta Régia» du 18 avril 1426, avant les Ordonnances Alphonsines que D. João I a envoyé au Conseil de Lisbonne.

L'affirmation sert à démontrer que le penchant pour des textes de Droit romain a été toujours une caractéristique du droit portugais et ensuite du droit brésilien, qui sont arrivés même à déterminer son application normative, de plus en plus ample et importante, considérant que les Ordonnances, ci-inclus les Ordonnances Philippines, avaient d'innombrables lacunes. Il est certain qu'à partir de la loi du 18 août 1769, la loi de la Bonne Raison, les applications subsidiaires d'Accurse et de Bartole ont été supprimées et seules les solutions du Droit romain conformes à la bonne raison ont été appliquées.

Étant donné que les dispositions du livre IV des Ordonnances, celles qui réglementaient le Droit Privé, avaient plusieurs lacunes, le droit subsidiaire qui n'a pas cessé d'exister, consiste désormais, d'abord dans l'utilisation fréquente des auteurs de l'«usus modernus pandectarum», Struve, Stryk, Böhmer, Leyser et Heinetius ([5]): ensuite dans l'application du droit étranger, et au XIXème, dans l'application, surtout, du Code civil français et de celui de la Prusse. Bien que l'on n'ait pas fait une évaluation des codes étrangers parus avant l'édition du Code civil portugais, en 1867, il ne nous semble pas insensé de penser que c'est le Code civil français qui a eu de la primauté, malgré l'importance du Code Gènéral prussien. Cela se doit à ce que le Code Napoléon ait été considéré par plusieurs juristes le Code de la bourgeoisie, empruntant à la révolution quelques exigences pareilles à celles du Tiers Etat, surtout celle de l'égalité de tous face à la loi, d'où on peut déduire facilement que le Code civil est le représentant le plus authentique de l'esprit français, s'infiltrant dans ses habitudes, dans sa vie culturelle et littéraire. Il y a aussi une autre particularité: le Code civil portugais date de 1867 et l'on n'y voit pas l'influence des auteurs du Droit commun les plus récents tels

---

Direito Portugués, Lisboa, p. 345 et s.; ALMEIDA COSTA, *La Présence d'Accurse dans l'Histoire du Droit Portugais*, in *Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani*, vol. 2, Milano, 1968, pp. 1055-1066; PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, §. 49, Rio de Janeiro, 1981, pp. 38-41; et *Das Zivilgesetzbuch und die Sociale Entwicklung, Entstehung und Einheit Brasiliens*, in Karl HEINSHEIMER, *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, Vol. III, Mannheim, Berlin, Leipzig 1928, pp. 20-38.

([5]) V. aussi, Mario REIS MARQUES, in *Elementos para una aproximação dos Usus Modernus Pandectarum*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. LVIII, p. 813.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que Savigny, par exemple. La réforme du Droit portugais, avec la suppression de la méthode de l'exégèse et de l'examen de la doctrine européenne la plus moderne, surtout l'allemande et l'italienne, commence bien plus tard, à la fin du XIXème siècle, surtout avec Guilherme Alves Moreira (6).

La république n'a pas été instituée avec l'indépendance du Brésil en 1822; la Monarchie s'est conservée et le Patriarche de l'Indépendance, José Bonifácio de Andrada e Silva était licencié par l'Université de Coimbre, à la Faculté de Droit et à celle de Philosophie, où se cultivaient les sciences naturelles, ce qui lui a permis de devenir un savant minéralogiste à la fin du XVIIIème siècle. La Révolution française ne lui était pas sympathique, ni, évidemment, son Code civil.

Quand bien même le Code Napoléon ait eu une influence sans pareil au monde, puisque ses élaborateurs avaient l'esprit de l'universalisme pour que le Code puisse convenir au monde entier, en accordant à tous les hommes l'égalité et la liberté dans le domaine du Droit civil, nombre de juristes ont préféré au Code Napoléon l'adoption du «System des heutigen römischen Rechts» de Savigny. Pour cela, il ne faut que rappeler Federico Del Rosso, professeur à l'Université de Pise, qui ne voyait pas le besoin d'un autre Code; le Système de Savigny serait le vrai Code: «Ecco il vero Codice» (7). Dans ce groupe de juristes conservateurs, mais sans les excès de Federico Del Rosso, on doit inclure Teixeira de Freitas (8), un grand esprit systématique qui, comme avocat, a du très tôt se consacrer à la pratique du droit. Pour cette raison il a pu avec assurance écrire sa monumentale Consolidation des Lois Civiles et, plus tard, l'Esquisse du Code civil brésilien, dont la publication a commencé en 1860.

---

(6) Nuno Espinosa Gomes da Silva, *A Ciência do Direito no último século em Portugal*, in M. Rotondi, *Inchieste di Diritto Comparato*, Padova, 1972, pp. 547-566.

(7) V.F. Ranieri, *Savigny e il Dibattito italiano sulla Codificazione nell'Età del Risorgimento*, in *Quaderni Fiorentini*, v. 9, 1980, p. 365; sur Federico Del Rosso, V. Paolo GROSSI, *Tradizioni e Modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni Fiorentini*, 5-6 (1976-1977), p. 215.

(8) Il peut paraître paradoxal, mais l'influence de Savigny n'a pas mené Teixeira de Freitas à refuser l'idée de la codification, comme il s'est passé avec beaucoup d'autres, surtout avec Federico Del Rosso. Teixeira de Freitas, au contraire, dans son Esquisse de Code civil, a pris chez Savigny des concepts représentatifs du droit romain de l'«Heutiges römisches Recht». Celà se doit sûrement au fait que le Portugal vivait depuis longtemps sous une codification, c'est-à-dire, les Ordonnances.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Très vite Teixeira de Freitas s'empara de la scène juridique brésilienne, et par son intermédiaire plusieurs idées puisées dans l'oeuvre de Savigny se sont developpées. A ce moment-là, le droit brésilien s'est effectivement séparé de celui du Portugal, en combinant de nouvelles influences, dont la plus importante a été celle de Savigny, sans doute le plus grand juriste du XIXème siècle. Il est à remarquer que la théorie de la possession de Savigny a été adoptée par Teixeira de Freitas, comme lui-même le dit dans sa Consolidation des Lois Civiles. Cette influence devient visible, plus tard, lors de la réalisation de l'Esquisse, dans les modèles qu'il insère dans sa Partie Générale. Dans sa Consolidation des Lois Civiles, un vrai code dans leur application, Teixeira de Freitas s'appuie, éventuellement, sur l'orientation du Code comercial brésilien de 1850, qui dans certaines matières n'est pas resté indemne aux idées du droit privé français. Deux idées extrêmement importantes sont issues de ses études, et qui le rendront célèbre.

La première, celle de l'inclusion nécessaire dans un code d'une Partie Générale, où les concepts de personne, de biens et de faits juridiques soient disciplinés clairement, comme l'on a fait plus tard dans le Code civil allemand. L'autre a été celle de l'unification des obligations civiles et commerciales. Ces deux idées systématiques ont eu du retentissement dans l'histoire récente du Droit brésilien et d'une façon ou d'autre, ont déclenché une discussion qui demeure jusqu'à nos jours. Il est opportun de rappeler que ladite unification s'est opéré dans le Code suisse des obligations, de 1912, et dans le Code civil italien de 1942. Le Code civil brésilien, l'oeuvre de Clóvis Bevilaqua, contient une Partie Générale, mais le Droit des obligations civiles et commerciales reste séparé l'un de l'autre. L'influence du Droit allemand sur le Droit brésilien s'accroît sous l'orientation de Tobias Barreto, connue par la dénomination d'École de Recife (9). Le Code civil brésilien reçoit en grande mesure ces nouvelles idées, puisque son auteur était l'un des coryphées de cette orientation culturelle. Le projet de Clóvis Bevilaqua, d'où est issu le Code civil brésilien, est une oeuvre de contenu doctrinaire d'un professeur de Droit, titulaire de la chaire de Législation etrangère, dénomination

(9) V. sur l'Ecole de Recife, Mario LOSANO, qui a écrit une excellente étude: *La scuola di Recife e l'influenza Tedesca sul diritto brasiliano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV (1974), pp. 323 à 415.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

du Droit comparé à l'époque. Dans ce projet se mêlent plusieurs influences, non seulement juridiques, mais aussi philosophiques.

Après peu de temps, en 1889, un mouvement révolutionnaire mit fin à la Monarchie et instaura la République. La philosophie dominante sous la République était le positivisme d'Auguste Comte, d'où provient la séparation entre l'Eglise et l'Etat qui commence ainsi à légiférer sur la famille et le mariage, ce qui s'est passé avec la Loi n.° 181, de 1890, enregistrant des principes qui après ont fait partie du Livre du Droit de Famille dans le Code civil brésilien.

L'influence positiviste était dominante, sans qu'aucune marque d'orientation marxiste n'intervienne; il est intéressant de remarquer que dans plusieurs pays, surtout en Europe centrale, le positivisme a constitué une forte barrière au développement des idées marxistes ([10]).

Si l'on examine les instituts fondamentaux du Code civil brésilien de 1916, on verra qu'il s'agit d'un des meilleurs codes du XIXème siècle, même s'il a été publié au XXème siècle.

Les notions de propriété, de famille et de contrats sont encore celles de la dernière phase du Droit commun, car le Code civil allemand publié en 1900 n'a pas été pris en considération pendant la période de réalisation du Code civil, ce que l'on aurait pu le faire, puisque le Code civil brésilien n'a été publié qu'en 1916.

Les restrictions au droit de propriété, ainsi que les conceptions plus modernes concernant la famille et les contrats n'étaient toujours pas connues parce qu'elles n'avaient peut-être pas encore été adoptées en termes législatifs, ce qui est arrivé, pratiquement, après 1918. La famille était éminemment patriarcale, le divorce n'était pas admis, pas tellement à cause de l'influence de l'Église Catholique, mais surtout en vertu des idées d'Auguste Comte. La propriété était comprise selon la tradition libérale, et les quelques restrictions trouvées là-dessus provenaient du droit de voisinage. Le Droit contractuel avait son origine dans l'autonomie de la volonté. On ne faisait pas attention à l'avènement des «contrats d'adhésion», comme les a nommés Raymond Saleilles, quand il a vérifié que l'autonomie concrète des parties avait considérablement diminué grâce à la

([10]) V. L. Blit, *The Origins of Polish Socialism*, Cambridge, 1971, p. 17; la condamnation du Marxisme se fondait sur le fait qu'il était contraire «to the scientific laws governing the economic and social life of modern nations».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disproportion du pouvoir de discussion des clauses contractuelles entre les parties. Aussi la doctrine de la clause «rebus sic stantibus» n'avait-elle pas été adoptée et le milieu économique ne pourrait pas l'exiger. Dans une économie agraire, ayant une monnaie stable, il serait inutile de suggérer l'adoption de cette clause, en vigueur dans des périodes de crise.

Sauf dans de rares exceptions provenants du Droit romain la responsabilité civile se fondait sur la faute. On en était encore aux débuts du siècle, et l'on ne songeait même pas à la responsabilité sur le risque. Cependant, en Prusse, une législation du 3 novembre 1838 (§. 25) s'est occupée de certains cas où la responsabilité par risque pourrait avoir une portée plus large, surtout à cause du développement des voies ferrées ([11]). En 1912, l'édition du Décret-loi n.° 2681 a institué chez nous la responsabilité objective pour ce genre de transport. N'étant qu'on «topos» situé dans un secteur spécifique, cette nouvelle situation n'a pas été prise en considération dans le Code civil.

En effet, le centralisme juridique devrait mener directement à l'idée que le Code, dans son sens traditionnel et positiviste, comme quelque chose qui incorpore dans son univers la totalité normative d'un pays. Etant donnée cette situation particulière, il a été possible de maintenir dans un pays avec les dimensions du Brésil, une uniformité d'application du Droit depuis l'époque de sa découverte jusqu'à nos jours.

Et le droit positif a été, pour la plupart des cas, appliqué aux plus diverses régions et ethnies, sans que l'on ait besoin d'avoir recours au «group rights», à l'exemple de ce qui s'est passé dans d'autres pays, peut-être parce que dans la colonisation portugaise, le métissage a été un élément civilisateur de grande importance.

Il y a des auteurs qui soutiennent que sans les institutions spécifiques du féodalisme anglais, ni son système constitutionnel, ni la Constitution américaine ne pourraient être compris ([12]), car ce se-

([11]) V. Michael R. WILL, *Quellen erhöhter Gefahr*, München, 1980, p. 2 et s.

([12]) Sidney PAINTER, *Feudalism and Liberty*, Baltimore, 1961, p. 353; ULLMAN, *Individual and Society in the Middle Ages*, Baltimore, 1966, p. 68. Il est curieux de vérifier que, peu après l'instauration de la République au Brésil, on a promulgué la Constitution Republicaine de 1891, qui «a reçu» énormement des principes de la Constitution Américaine de 1787. Parmi ces principes à «modèle interne» comptaient le fédéralisme, la séparation des pouvoirs et le contrôle constitutionnel des lois et de la légalité des actes du

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

raient des conséquences de «l'ascending conception of government and law». Ce qui est certain c'est que l'application de chaque principe produit des conséquences diverses, si l'on tient compte des situations particulières où il s'insère.

Le «centralisme juridique» a mené à la Codification et à l'unité nationale. Il est difficile de savoir ce qui serait arrivé à l'application simultanée de l'«ascending conception of government and law» et comment on aurait obtenu un équilibre dans l'application de principes si divergents, au long de notre histoire qui est, dans une large mesure, l'histoire du Portugal.

Il faut remarquer que depuis très tôt dans le droit anglais il s'est constitué une «classe de juristes» qui est devenue dépositaire du droit, sans laquelle on n'aurait pas procédé au développement organique de la «common law».

Finalement, le droit subsidiaire, pendant le long espace de temps où il a été pratiqué, surtout à partir de la «loi de la Bonne Raison», a incité plusieurs juristes à observer, avec intérêt, les idées des juristes et des législations étrangères, puisque la solution du cas dépendait de la «découverte» de l'opinion de l'auteur qui, en face du cas concret, représentait la «Recta Ratio». D'après le §. 9 de la Loi du 18 août 1769, la «Bonne Raison» consistait, surtout «dans les primitifs principes qui contiennent des vérités essentielles, intrinsèques, inchangeables, que l'éthique des romains même avait établit et que celle des Droits romain et naturel formalisèrent (...).

Toutes proportions respectées, ces principes étaient, comme on peut bien remarquer, une «clause générale» permettant à la jurisprudence d'agir plus librement.

De tout cela, il est resté comme une habitude encore vivante de

---

Pouvoir Exécutif par le Pouvoir Judiciaire. Il est arrivé cependant que dans la rédaction de ces principes, lors de la construction de son «modèle externe», a prévalu une technique analytique et non la formule synthètique de la Constitution américaine. Dans son application on a préféré la façon interprétative particulière au Droit privé, où la norme est considérée en tant qu'une limite à la fonction herméneutique, quitte à transgresser le principe de la séparation des pouvoirs, mais pas en tant que début d'interprétation de la loi. La Constitution a été appliquée ainsi avec les techniques herméneutiques du Droit privé (V. Clóvis DO COUTO E SILVA, *As Idéias da Constituição de 1891*, in *Revista do Direito Público*, 55 (1980), pp. 54-60. Par conséquent, le Droit privé n'a pas été absorbé par les techniques interpretatives du Droit constitutionnel américain; mais le Droit public a été appliqué suivant des techniques du Droit privé, résultat de la grande «vis atractiva» de cette branche du droit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nos jours, le goût de l'argumentation — plus accentué au Portugal qu'au Brésil — faisant appel à des auteurs et à des textes étrangers, en les confrontant avec le droit national et en les utilisant comme complément de celui-ci.

Cette échange d'idées peut être considérée comme une permanente réception du droit étranger, avec laquelle l'on dépasse l'immobilisme fatal des codes.

2. *La décentralisation juridique et l'idée de code.*

L'aspect particulier du droit privé actuel réside dans la progressive édition de lois spéciales qui contient souvent des règles de droit matériel et de procès. Il serait convenable d'examiner ce qui s'est passé avec le Droit brésilien après l'édition du Code civil de 1916, en ce qui concerne le Droit de propriété, le Droit de famille et le Droit contractuel, en indiquant les principales modifications. Celles-ci remettent en discussion l'idée de Code, en tant qu'univers des normes en vigueur à un moment précis. Ainsi, le Code civil brésilien à peine avait-il été publié qu'on édite la Constitution de Weimar qui, dans son article 153, parmi d'autres règles, dispose le célèbre principe «Eigentum verpflichtet» (la propriété oblige). Il n'a pas été facile d'établir sa signification. D'une part, parce que le Droit constitutionnel et le Droit civil étaient considéres tels que des territoires autonomes, incommunicables, conséquence naturelle de la séparation nette entre l'Etat et la Société, propre à la conception libérale dominante à l'époque. D'autre part, parce qu'il était à la mode une neutralité en termes de valeur qui définissait le Droit privé.

Dans des ouvrages remarquables M. Paolo Grossi analyse les conceptions de la propriété: la propriété dans le Droit médiéval et dans le Droit moderne. Lors d'une polémique avec Scozzafava à propos des conceptions de Pothier sur la propriété et en particulier sur la question de la propriété dans le sens moderne, M. Paolo Grossi signale: «la propriété avait des contenus divers, selon la finalité des biens. En ce qui concerne les choses immobiles, la propriété d'un bien en franc-alleu et d'une «tenure» sont des réalités assez diversifiées; et à l'interieur de celle-ci n'apparaissent pas sur le même plan, c'est sûr, la propriété du vassal, du censitaire, du champartier. L'unité juridique en 1771 est quelque chose qui appartient encore à

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'avenir, et ce sera à la Révolution de la réaliser, en transformant tout en bien en franc-alleu et en réduisant tout à une propriété en franc-alleu» ([13]).

On dénomine cette unité juridique «neutralité», fruit de la généralisation excessive et de la perte du contenu empirique de la notion de propriété. Et cela dure longtemps, tout le XIXème siècle, jusqu'à ce que le concept de propriété s'ajoute à des valeurs qui se sont inscrites peu à peu dans les constitutions, en leur donnant un sens social très fort.

Quand l'article 153 de la Constitution de Weimar a consacré le principe selon lequel «la propriété oblige» en exprimant une idée encore informe, mais en vigueur dans le monde social, Martin Wolff a remarqué qu'il s'agissait d'un principe traditionnel du Droit allemand ([14]). Ce principe devrait servir comme une directive pour adapter les décisions aux besoins des temps nouveaux. En effet, d'après Martin Wolff «du principe mentionné il résulterait pour tout droit subjectif, et non seulement pour celui de la propriété, une double obligation pour son titulaire: le devoir d'exercer le droit s'il est de l'intérêt public qu'il soit exercé et qu'il ne reste pas figé; et le devoir d'exercer le droit d'une façon qui puisse satisfaire ledit intérêt public».

On peut y ajouter encore que d'après Martin Wolff, le principe «la propriété oblige» signifie encore que le «patrimoine oblige», pour conclure que dans cette dernière on peut trouver, simultané-

---

([13]) Paolo GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, in *Quaderni Fiorentini*, Vol. 14, Milano, 1985, p. 439.

([14]) Martin WOLFF, *Reichsverfassung und Eigentum*, in *Festgabe der Berliner juristischen Facultät für Wilhelm Kahl*, Tübingen, 1923, p. 8. Mais il y a des auteurs, tel que Werner V. SIMPSON (*Das Eigentum, jenseits von Martin Wolff*, in *Festschrift für Ernest Von Cämmerer*, Tübingen, 1978, pp. 241-254), qui considèrent la position de Martin Wolff trop positiviste, parce qu'elle serait foncièrement attachée au concept de chose, selon la définition du BGB (§§. 903 et 905). Certains auteurs prétendent, à l'exemple de la common law, que la tutelle de la propriété devrait renfermer tous les intérêts et les expectatives légitimes, comme il arrive largement à la discipline constitutionnelle de la propriété, qui ne se limite pas au concept de la propriété selon le droit civil. Cependant, ce sera difficile de considérer comme propriété, selon le droit civil, toutes les espèces de «property rights», en répondant à la structure toute particulière du droit de propriété dans le domaine du droit privé, et non seulement son efficacité (V. W. FRIEDMANN, *Law in a Changing Society*, Berkeley, 1959, p. 66 e s. et aussi Rudolf WENDT, *Eigentum und Gesetzgebung*, Hamburg, 1985, p. 31 et s.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ment, une fraction du postulat révolutionnaire de la Fraternité [15].

Ainsi, la conception moderne de la propriété prend une autre connotation et la diversité des objets sur lequels elle retombe, exige désormais une réglementation qui lui soit propre, résultant de tout cela plusieurs types de propriété. La grande modification qui s'est opérée dans le Droit brésilien a eu un rapport, comme pour la plupart des pays, avec la propriété agraire et urbaine [16], en dernière analyse, avec la réforme agraire et urbaine.

La conception sociale de la propriété a euaccueil législatif dans les constitutions de presque tous les pays, et au Brésil, la Constitution de 1934 (Art. 113, n.° 17) introduit cette orientation, tandis que la Constitution de 1946 (Art. 141, §. 16) l'élargit, permettant la expropriation non seulement par besoin ou utilité publique, mais aussi par intérêt social. Cette même orientation, plus élargie, pourtant, a été accueillie par la Constitution de 1967 (Art. 157, inc. III et §. 1er) et par la Révision n.° 1, de 1969 (Art. 160, Inc. III et 161) et même par la nouvelle Constitution de 1988 (Art. 5, XXIV). Les dispositions constitutionnelles à large portée ont été considérées, surtout, comme règles programmatiques, dans le sens qu'elles ne sont pas, d'une façon générale, exécutables par elles-mêmes (self-executing). C'est pourquoi la concrétisation de cette disposition générale concernant la fonction sociale de la propriété dépendra toujours des lois ordinaires qui détermineront les espèces de restrictions au droit de propriété.

La question de la réforme agraire au Brésil est liée au fractionnement excessif des propriétés rurales dans certaines régions, tandis que dans d'autres il y a d'énormes surfaces, les «latifundia», les terres en friche. Le Droit brésilien des successions n'a connu ni le droit de primogéniture (Anerbenrecht), ni le système où la propriété est attribuée au cadet de la famille, qui dans certains pays, restait avec ses parents.

Les propriétés rurales et urbaines obéissaient au système général du Droit des successions avec partage parmi les héritiers, le droit de

---

[15] A propos de ce concept, v. Marcel DAVID, *Fraternité et Révolution Française*, Paris, 1987, spécialement p. 275 et ss.

[16] Le problème apparaît avec la même intensité dans tous les pays (V. Ludwig RAISER, *Das Eigentum im deutschen Rechtsdenken seit 1945*, in *Quaderni Fiorentini*, vol.l. 5-6, Milano, 1976-1977, spécialement p. 763 et s.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

primogéniture n'ayant pas grande importance dans la succession légitime dans le système des Ordonnances ([17]).

D'autre part, ces propriétés étaient occupées par des gens qui ne possédaient aucun titre, ce qui a engendré d'énormes soucis. La Loi n.° 601 de 1850, finalement, a réglementé cette matière.

Pendant longtemps, la question de la terre et de ses occupants a été réglementée par le Code civil, qui n'avait aucun dispositif remarquable à cet effet, et par ladite Loi n.° 601, de 1850, jusqu'à ce que l'on édite le Statut de la Terre (Loi n.° 4054, du 30 novembre 1964).

Le Statut de la Terre a enregistré le module rural ([18]), c'est à dire la dimension minimale pour le fractionnement d'un immeuble rural. Néanmoins, parviennent des problèmes concernant l'application de ce module et une question se pose là-dessus; comment résoudre le conflit lorsque dans les successions, les heritiers ne pouvaient pas partager, en fait, la propriété? On va faire une co-propriété, sans possibilité de division, autre solution n'étant possible que celle où l'un des co-propriétaires puisse acquérir la propriété de l'autre, pour pouvoir ainsi éliminer l'indivision.

Mme. Paola Porru ([19]) observe que le module rural du droit brésilien coïncide avec les dispositions des articles 846 et 847 du Code civil italien, où sont consacrées les règles concernant la «minima unità colturale» qui empêche le fractionnement des immeubles ruraux, et définit le module rural comme «l'estensione di terreno necessaria e sufficiente per il lavoro di una famiglia agricola».

Pour l'extinction des latifundia on a prévu l'expropriation par besoin social ([20]) ce qui a rendu concrètement efficaces les dispositions de l'article 147 de la Constitution Fédérale de 1946.

Une autre technique destinée à accorder une valeur concrète à la conception sociale de propriété est celle de réduire les délais de prescription acquisitive pour ceux qui rendront la terre productive. Cette façon de colonisation est l'une des plus anciennes et particulières à une situation où il y ait abondamment de terrains non cultivés. Il est curieux d'observer que dans la «Lex Baiuvariorum» (Titre

---

([17]) V. Galvão TELLES, *Apontamentos para a História do Direito das Sucessões de Portugal*, Lisboa, 1963, p. 185.

([18]) Loi n.° 4054, art. 65.

([19]) *Analisi storico-giuridica della proprietà fondiaria in Brasile*, Milano, 1983, p. 124.

([20]) Loi n.° 4132, du 10 septembre 1962.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

17, c. 25) on appelle «opera» la possession qui se transforme dans la propriété.

Cette même idée est rentrée à travers les siècles et a inspiré les plusieurs espèces de prescriptions acquisitives rurales.

Très souvent des idées concernant la prescription acquisitive apparaissent mélangées à des éléments propres à la spécification. Le travail humain, même en matière immobilière, aurait la vertu de produire une «species nova», d'où résulte un type particulier de spécification.

Dans le droit brésilien, l'utilisation de la prescription acquisitive de terres pour des finalités de réforme agraire, en réduisant le délai pour ceux qui ont rendu les terres productives ou qui s'y sont établis, provient de la Constitution de 1946.

Le délai pour l'acquisition, selon le Statut de la Terre était de 10 ans. La toute récente Loi n.° 6969, du 10 décembre 1981, a réduit le délai à 5 ans et a adopté des règles contenues dans le Projet du Code civil, surtout celle de l'article 1240, d'après laquelle «Celui qui n'étant pas propriétaire rural ni urbain possède, comme sien, continuellement et incontestablement, pour 5 ans consécutifs, un immeuble considéré par la loi comme convenable pour lui assurer sa subsistence et celle de sa famille, y possédant sa maison, en acquérira le domaine, indépendemment de juste titre et bonne-foi». Bref, la Constitution de 1988 a une disposition pareille dans l'article 191.

Cette orientation s'imposait à partir des premières lectures du Projet du Code civil et s'est définie avec la Loi n.° 6969, de 1981 déjà mentionnée.

Néanmoins, le concept de propriété a été l'objet d'autres modifications substantielles spécialement en ce qui concerne le droit de voisinage. Le droit de voisinage, selon le Code civil, attribuait une tutelle restricte aux propriétés voisines ([21]). Le développement de techniques modernes a exigé désormais une plus grande protection, qui ne se limite pas à de simples immixtions d'immeubles contigus, mais qui atteigne des valeurs ou des intérêts qui ne sont pas toujours des droits subjectifs chez certaines personnes. Sous cet aspect, le Droit brésilien a réglementé récemment la responsabilité par des dommages causés à l'environnement, au consommateur et à des biens

([21]) Arts. 554 et. s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ou à des droits de valeur artistique, historique, turistique et d'aménagement (22).

Comme il n'est pas toujours possible d'établir une légitimation concrète dans ces cas, on a admis que, en plus du Ministère Public et des entités du droit public, certaines entités privées pourraient représenter les intéressés et alors les indemnités qui en résultent feraient partie d'un fonds (23).

En effet, l'application de la conception sociale de propriété, dans ses traits les plus simples, a élargi, d'une part, les hypothèses d'expropriation, surtout l'expropriation ayant comme objectif la réforme agraire; d'autre part, elle a réduit le délai de prescription acquisitive de biens ruraux à 5 ans, à condition que l'intéressé y eût sa demeure, rendant productive l'extension de terres. On a aussi cherché a élargir cette protection aux dommages écologiques, en protégeant tutellant les intérêts diffus par la légitimation d'entités créées à cet effet.

Dans le Droit de famille, les modifications ont été profondes. A l'époque du Code civil, la famille était extrêmement patriarcale, le problème de l'émancipation de la femme et celui de l'égalité des conjoints dans le mariage se sont progressivement installés dans notre milieu, et même le concubinat a été reglé (24). Les textes législatifs qui ont consacré cette modification progressive ne sont pas nombreux. Parmi les dispositions du Code civil on ajoutait le principe de l'incapacité relative de la femme mariés, maintenu jusqu'à l'édition de la Loi n.° 4121, en 1962. Celle-ci a été la première réforme du Droit de famille. Par son intermédiaire, on a pu éliminer l'incapacité relative de la femme mariée et on a cherché à attribuer aux conjoints, en ce qui concerne le plan matrimonial, une égalité relative. Cette situation n'était pas, pourtant, convenable. Le Droit brésilien s'est caractérisé, jusqu'à la Révision constitutionelle n.° 9, du 21 juin 1977, par la non acceptation du divorce. On n'admettait que la séparation, étant les conjoints empêchés de réaliser un nouveau mariage. Voilà la situation lors de la discussion du Projet du Code civil, et on ne voyait pas les moyens de la modifier. Cependant, avec la mo-

(22) Loi n.° 7437, du 22 juillet 1985, art. 1.

(23) Arts. 5 et 13.

(24) A ce sujet, la Constitution brésilienne de 1988 a reconnu le concubinat sous la dénomination de «union stable» (união estável) et elle a donné à cette nouvelle institution du Droit de famille la protection de l'État (art. 226 §. 3).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dification du texte constitutionnel, est arrivée la Loi n.° 6515, du 26 décembre 1977, qui a réglementé les cas de dissolution de la société conjugale et du mariage, ainsi que celle de la procédure. On a affaire à une loi mixte réglementant non seulement les aspects de Droit matériel mais aussi ceux du Droit de la procédure les concernant.

Il ne faut pas penser que la Loi n.° 6513 de 1977 ne dispose que sur des aspects en rapport avec le divorce, puisqu'elle s'occupe aussi de la protection des enfants, du nom, et de l'obligation alimentaire, ce qui a été considéré comme une petite réforme du Droit de famille. On peut affirmer que cette loi s'est assez inspirée des principes déjà existants dans le Projet du Code civil, même si l'on considère que le divorce n'y était pas prévu, une fois que, à l'époque, était en vigueur sa prohibition constitutionnelle.

La Loi n.° 6515, de 1977, a introduit pour la première fois le Divorce chez nous, elle a combiné le principe de la dissolution de la société conjugale par faute avec des hipothèses de dissolution sans faute. Nous n'avons pas, cependant, le soi-disant «divorce-faillite» au Brésil, dans la totalité des cas. La règle est que l'auteur de l'action en séparation doit imputer à l'autre conjoint la pratique de «conduite déshonorante» ou des actes signifiant une grave violation des devoirs du mariage et rendant insupportable la vie en commun ([25]). Deux cas ont été prévus où l'imputation de quelques uns des faits précédemment cités n'est pas nécessaire. Le premier, se vérifie quand la «rupture de la vie en commun se tient pour plus de 5 ans consécutifs, «sans aucune possibilité de reconstitution» ([26]). Le deuxième cas d'ouverture d'une demande de séparation judiciaire, qui précède obligatoirement le divorce, c'est celui d'une grave maladie mentale, manifestée après le mariage, rendant impossible la suite de la vie en commun, à condition que la maladie soit reconnue comme inguérissable après durée de 5 ans ([27]).

Lors de la discussion du Projet du Code civil dans le Sénat Fédéral, il y a eu la proposition d'un seul type de divorce, le divorce-faillite, en excluant le divorce fondé sur la faute, qui reste encore la règle de base du Projet du Code civil et dans la Loi n.° 6515, de 1977, Loi du divorce. Pourtant, il ne me semble pas que, dans le Brésil aujourd'hui

([25]) Loi n.° 6515, du 26 décembre 1977, art. 59.
([26]) Art. 5, §. 1.
([27]) Art. 5, §. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il soit encore possible d'appliquer le divorce-faillite à tous les cas, car il suppose un type de famille différent de celui qui existe dans notre pays. On peut y ajouter une particularité existante au Brésil, c'est à dire, nos réalités, ce qui rend difficile d'établir une législation uniforme pour les époux en excluant tout à fait la faute dans les hypothèses de dissolution de mariage.

On était encore loin de résoudre le problème de la famille. Bien que la Loi n.° 6515, de 1977, eût mis en égalité les enfants légitimes et les illégitimes, à des effets patrimoniaux, comme elle a disposé dans son texte, on n'avait pas encore largement disposé sur le principe d'égalité. Ce principe d'égalité sera, ensuite, consacré dans le Projet du Code civil, et dans la Constitution de 1988 ([28]).

La progression du principe d'égalité au Brésil présente des caractéristiques curieuses. Après la Loi n.° 4121, de 1962, il y a eu une paralisation qui a duré longtemps, car ni même la Loi du Divorce, Loi n.° 6515, de 1977, est arrivée à rendre égaux les époux dans le mariage.

Le Projet du Code civil, cependant, cherche à appliquer ce principe totalement, bien qu'il adopte, comme régime-règle, celui de la communion partielle, où la réalisation de ce principe n'est pas facile. Dans ce but, le régime de participation finale aux acquêts, adopté comme supplétif dans le Projet du Code civil, pourrait être une meilleure solution, une fois que dans ce système, pendant le mariage, les biens sont considérés séparés en se communiquant lors de la dissolution du lien matrimonial.

L'un des instituts les plus importants est celui de l'adoption. Il y a quelque temps le Droit brésilien a consacré la légitimation adoptive pour les enfants abandonnés. Et le Code des mineurs a institué ce qu'on a nommé l'adoption pleine ([29]).

On tient maintenant à savoir s'il serait le cas d'insérer dans le Projet du Code civil un type d'adoption sans possibilité de rescision de la sentence qui l'a constitué. Malgré que l'on soit obligé d'envisager l'adoption pleine comme un besoin dans le moment actuel, la question est quand même extrêmement délicate et les hypothèses de rescision de la sentence que l'adoption constitue, méritent d'être consacrées. Admettre que cette sentence ait de l'immunité, face à

([28]) Art. 226, §. 5.

([29]) Loi n.° 6697, du 10 octobre 1979, art. 29 et s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

toute rescision, comme d'aucuns le veulent ou bien qu'elle n'accueille que quelques hypothèses de rescision qui ont lieu rarement, ce serait toucher aux droits de l'adopté, surtout de recherche de paternité, qui se tient comme un droit de la personnalité. En vue du risque qui en découle pour les enfants adoptés, il faut que l'on établisse, bien que contre l'orientation de la plupart des législations modernes, des hypothèses plus élargies, où cette révision soit possible, sous peine de très graves risques pour les adoptés ([30]).

Il-y a, enfin, un institut où le Droit italien a assez influencé le Projet de Code civil: c'est le bien de famille. Bien que l'on n'ait pas tout à fait réglementé le patrimoine familial du Droit italien, prévu dans les arts. 167 et suivants du Code civil sous la dénomination de «fondo patrimoniale», en vérité, un régime juridique pareil a été proposé par moi-même et d'où résulte une composition entre le bien de famille du Droit américain (Homestead) et le «fondo patrimoniale» du Droit italien ([31]).

La question est de savoir s'il serait possible de constituer, par exemple, le bien de famille avec seulement des actions, ayant comme objectif l'obtention d'un revenu ou si l'on devrait obligatoirement inclure, en plus des actions citées, un immeuble pour la résidence de la famille. Dans cette dernière hypothèse, la conception de «fondo patrimoniale» italien se modifiait pour s'approcher du bien de famille du Droit américain, malgré la possibilité de ce dernier d'être accru d'autres valeurs mobiliaires dans le but de créer des revenus permettant l'entretien de la famile dans sa résidence. Il a prévalu l'idée que la question fondamentale serait l'affectation d'un immeuble résidentiel pour l'utilisation des époux, pouvant être ajoutées, sous le même régime juridique, d'autres valeurs mobiliaires rentables.

Des modifications importantes ont été apportées au Droit contractuel. Sur ce sujet, on a vu apparaître à partir du début du siècle, de plus en plus, les contrats adhésion et les conditions générales des contrats qui ont profondément modifié tout le système contractuel.

On est arrivée même à affirmer que ces contrats d'adhésion

([30]) Les cas d'adoption par étrangers ont été objet de dispositions par la Constitution de 1988 (art. 226, §. 5), qui exige des règles particulières pour cette adoption.

([31]) Arts. 1740 à 175).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

n'appartiendraient pas au Droit civil mais qu'ils rentreraient dès lors dans le cadre du Droit économique.

D'innombrables modifications ont été produites à l'intérieur du Droit brésilien, malgré l'absence d'un appui legislatif à ces modifications. Dans plusieurs pays, cette matière a été affectée à l'autonomie de la volonté ou à la formation jurisprudentielle, sans règles spécifiques établies, sauf pour quelques instituts.

Dans le Droit allemand, on a introduit récemment une sorte de contrat d'entreprise à forfait qui a obtenu une certaine autonomie. C'est le contrat de voyage ([32]). Dans notre système juridique l'accent est mis sur les promesses de vente de biens immobiliers. Ces promesses de vente ont été considérées comme de droits réels «sui generis», puisque toutes les aliénations étaient faites selon ce nouveau modèle juridique, à partir du Décret-Loi n.° 58, de 1937 et de la Loi n.° 649, de 1949, et plus récemment par la Loi n.° 6766, du 19 décembre 1979.

La nature de ces promesses de vente d'immeubles, enregistrées, a donné lieu à d'innombrables discussions dans le sens de savoir quel type de droit réel pourrait en résulter. Ce qui est vrai, c'est qu'elles sont devenues le moyen normal des transmissions immobilières et le Projet du Code civil réglemente la promesse de vente et achat comme un nouveau type de droit réel ([33]). En dehors de celà, on a établit à côté du prêt sur gage, un contrat avec la mëme finalité destinée à assurer les opérations des plus différentes espèces, surtout pour le marché financier, qui constitue «l'aliénation de propriété à titre de garantie». Réglementée par le Décret-Loi n.° 911, du 1er octobre 1969, l'aliénation de propriété à titre de garantie, avec le contrat de vente sous la réserve de propriété, modèle réglé dans le Code de procédure civile ([34]), sont devenues les garanties les plus importantes dans la vente des biens mobiliers.

Pour cette raison, l'aliénation de propriété à titre de garantie a été l'objet de réglementation dans le Projet du Code civil ([35]).

Bref, l'idée du Code, comme totalité normative, «corpus juris» complet et achevé, n'a plus de sens. Cette idée n'a pu, en aucun mo-

---

([32]) Arts. 651 et s.
([33]) Arts. 1226, IV, 1415 et 1416.
([34]) Arts. 1070 et 1071.
([35]) Arts. 1360 à 1367.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ment, se concrétiser complètement. L'idée de Code aurait-elle perdu son importance face au nombre croissant des lois spéciales?

La complexité sociale a atteint un niveau si élevé et a entrainé l'élaboration d'un si grand nombre de lois que, dans le monde entier, on observe la tendance à les réduire à l'indispensable. Il appartient au consensus général l'existence d'une «Overregulation» ou de la «Verrechtlichung» qui se présente comme le grand problème, non seulement législatif, mais aussi réglementaire, face à la croissance énorme et désordonnée de l'Executif, qui s'hypertrophie dans l'édition de decrets pareils à de vrais lois. À la légère, on aurait l'impression que l'idée de Code aurait tout à fait perdu son sens. Et, en effet, qui aurait-il admis un Code suivant le modèle de celui de la Prusse, avec plus de 19.000 articles?

Conclusion.

Il n'y a pas longtemps Arthur Steinwenter a écrit un essai remarquable concernant la science juridique autrichienne sous l'empire du Code civil de 1811 ([36]). Dans cet essai, ce juriste renommé se demandait comment le Code civil d'Autriche pourrait être mis à jour. Il a examiné les différentes espèces d'actualisation de Code pour bien se fixer sur le concept même de Code civil. Le Code civil pourrait être un Code central.

La pensée qui a orienté la Commission qui a idéalisé le Projet du Code civil brésilien a été celle de réaliser un Code central, dans le sens que lui a attribué Arthur Steinwenter, sans la prétention d'y inclure la totalité des lois en vigueur dans le pays. Le plus important est de pourvoir la société d'une technique législative et juridique possédant une unité de valeurs et de concepts tout en transmettant ces vertus aux lois spéciales, et accordant à la doctrine le pouvoir de les intégrer dans un système, cette notion étant envisagée, cependant, d'une façon ouverte. Il ne s'agit pas, évidemment, d'un modèle systématique selon le style des sciences exactes. Mais la conception opposée rendrait le droit incompréhensible, car il exige un noyau de

([36]) *Kritik am österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch-einst und jetzt*, in *Recht und Kultur, Aufsätze und Vorträge eines österreichichen Rechtshistorikers*, Graz-Köln, 1958, pp. 57-64.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

valeurs et une technique communs aussi bien dans le Code civil que dans les lois spéciales. Donc, on ne peut pas dire qu'un grand nombre de lois s'oppose à l'idée de Code. Celà signifierait, en définitive, le refus absolu à l'idéee de système.

On a déjà pu remarquer que le caractéristique du Droit portugais et du Droit brésilien a été une centralisation normative, fondée sur les Ordonnances Philippines, sans oublier que pendant tout le temps où elles ont été en vigueur, plusieurs dispositions complémentaires ou extravagantes y ont été ajoutées. Voilà pourquoi la Consolidation a été nécessaire, ayant toujours comme point de repère les Ordonnances mêmes, qui n'ont donc pas perdu leur importance.

A certains égards, il se passe de même de nos jours. Maintenant, plus qu'autrefois s'impose l'existence d'un Code civil, comme un élément indispensable à la préservation d'une unité idéale du Droit privé lui-même, condition constante pour le développement de notre Droit, depuis la période des découvertes jusqu'à présent.

Le Code civil, en tant que Code central, est plus large que les codes civils traditionnels. Son langage est différent. Il contient des dispositions ouvertes et flexibles, qui invitent à une activité judiciaire plus créative, destinée à complémenter le «corpus juris» en vigueur avec l'apport de nouveaux principes et normes. Le juge est lui aussi un législateur pour le cas concret. Et dans ce sens-là, le Code civil acquiert progressivement des dimensions plus importantes que celles des codes qui ont la prétension, toujours inaccessible, de renfermer dans leurs dispositions l'univers du droit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

LA CULTURA GIURIDICA DI GIOVANNI ZUCCONI*

1. Avvio alla comprensione di un personaggio singolare. — 2. Giovanni Zucconi nella nicchia della provincia camerte. — 3. Il laboratorio sperimentale della montagna camerte: le rilevazioni per la «Inchiesta agraria». — 4. Il laboratorio sperimentale della montagna camerte: l'esperienza forense. — 5. Il «Parere legale sui diritti d'uso civico dei popolani di Fiuminata sui beni ex-camerali» e le sue fondazioni culturali. — 6. 30 marzo 1886: la relazione parlamentare sul disegno di legge Grimaldi. — 7. Sulla singolarità del messaggio culturale di Giovanni Zucconi e sulle sue matrici. — 8. Proprietà collettiva e cooperazione: le venature operative del messaggio culturale di Zucconi. — 9. Zucconi e l'Università di Camerino negli anni Ottanta.

1. Una mia ricerca — risalente ormai a diversi anni fa — esigeva un esame accurato degli atti parlamentari dei decenni post-unitari (1). Dopo lunghe giornate di faticosa lettura appesantita dall'impietoso stile burocratico con cui inesorabilmente si condiva e procedeva il rosario degli atti, ricordo la sorpresa gradevolissima di quando, all'improvviso, in mezzo a una enorme congerie di materiale piattissimo, mi imbattei nel testo di una relazione che faceva assolutamente spicco, che mi apparve allora — se non un miracolo — certamente una cosa molto singolare (2). Mentre quel materiale rivelava, nella

(*) Si pubblica qui la Relazione tenuta nell'àmbito del Convegno organizzato dalla Università di Camerino, nel giugno 1988, per ricordare il centenario della Legge 24 giugno 1888 (sulla abolizione delle servitù di pascolo nelle province ex-pontificie) e un personaggio che ebbe non poca incidenza sulla formazione della legge stessa : Giovanni Zucconi. Giovanni Zucconi (Cingoli 1845 — Camerino 1894), avvocato in Camerino, docente in quella Università, deputato al Parlamento nazionale, ebbe il non piccolo merito di portare i risultati più aggiornati della cultura storico-giuridica nei dibattiti parlamentari, riuscendo — per primo — a porre qualche argine alla valanga di leggi liquidatorie delle proprietà collettive in nome di una ideologia manichea che le considerava tutte indiscriminatamente un male da estirpare.

(1) Mi riferisco alla ricerca che trovò poi la sua consolidazione definitiva nel volume: *«Un altro modo di possedere» — L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

(2) Per debito di verità mi sento di aggiungere che, nell'àmbito della stessa ricerca,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

migliore delle ipotesi, agguerrita competenza e buona preparazione tecnica ma stentava quasi sempre a inserirsi a un livello problematico più ampio e superiore, in questo testo circolava un tale respiro culturale e un così evidente tentativo di intelligenza critica e di intelligenza scientifica del tema da far restare di stucco il lettore annoiato.

L'Autore era un a me, allora, assolutamente ignoto deputato marchigiano, Giovanni Zucconi; il testo era la ammirevole relazione — da lui tenuta, come Segretario della Commissione parlamentare, nella seduta del 30 marzo 1886 — sul disegno di legge del Ministro dell'Agricoltura Grimaldi in ordine alla abolizione delle servitù di pascere, vendere erbe e fidare nelle provincie ex-pontificie. Fu quello il mio primo incontro con Giovanni Zucconi, cui seguì l'esigenza — immediatamente soddisfatta — di conoscerlo meglio e da vicino anche con esplorazioni nella sua biblioteca e nel suo archivio ([3]), cui

---

un identico moto dell'animo fu in me provocato dagli interventi parlamentari di Tommaso Tittoni nell'itinerario formativo di quello che sarebbe divenuto il secondo corposo contributo legislativo allo «ordinamento dei domini collettivi nelle Provincie dell'ex Stato Pontificio», e cioè la Legge 4 agosto 1894, n. 397. Sia la legge dell'88 che quella del '94 ebbero la ventura di fruire del lavoro appassionato, intelligente, culturalmente assai fondato di due personaggi come Zucconi e Tittoni certamente non comuni perché arricchiti da un comune sposalizio di passione intelligenza cultura possedute in grado notevolissimo. Con questa notazione, tuttavia, segnata per debita puntualità e non per intento celebrativo: che Tittoni si giovò della breccia faticosamente e pionieristicamente ricavata da Zucconi nella muraglia prima compatta. Sull'opera parlamentare di Tittoni non mi resta che rinviare chi ne volesse sapere di più alle pagine del mio *«Un altro modo di possedere»*, cit., p. 352 ss.

([3]) Il che feci nella primavera del 1976, con una ampia indagine sulle carte lasciate da Giovanni e sulla sua biblioteca, fortunatamente conservate intatte dagli Eredi nella vecchia sede dello Studio legale Zucconi in Camerino. Il che ho ripetuto nei mesi scorsi, sempre generosamente accolto dai pronipoti, attenti e sensibilissimi custodi delle memorie di un avo così significativo. Mi è gradito rinnovare il mio ringraziamente all'avvocato Corrado Zucconi, che — oggi come dodici anni fa — ha posto a mia disposizione il materiale restato nella sede dello studio legale e consistente soprattutto in fascicoli defensionali. Ma desidero ringraziare particolarmente Ferdinando Zucconi, Primo Presidente aggiunto della Corte Suprema di Cassazione, ideatore e realizzatore di questo Convegno, che, nella villa di Paganico, antica residenza campestre di Giovanni, restaurata e riportata al primitivo decoro, ha voluto dar sede degnissima per la biblioteca e per l'archivio, e che qui mi ha accolto con signorile ospitalità. Sarebbe infine ingiusto non menzionare in questa nota gratulatoria, come ben volentieri feci già nella prefazione del volume del '77, l'aiuto discreto ma efficace che mi ha dato, oggi come ieri, l'amico Pierluigi Falaschi, della Università di Camerino, facilitandomi l'accesso a pubblicazioni camerti del tempo di Giovanni non agevolmente reperibili.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tenne dietro una lunga e intensa familiarità, che sono ora lieto di consolidare partecipando a questo felice Convegno.

Ma voglio dire qualcosa di più: se oggi, dopo aver consumato ormai una buona porzione della mia vita professionale in tante ricerche e in tante pubblicazioni, vi dò uno sguardo retrospettivo, uno dei pochi fatti sicuri di cui mi felicito con me stesso è proprio di aver contribuito a disseppellire da una polverosa dimenticanza il personaggio e l'opera di Giovanni Zucconi. Che si segnala, come sopra si diceva, per la sua singolarità. Precisiamo meglio: per la sua singolarità sotto il profilo culturale.

Zucconi è infatti una voce non banale nel grande filone della storia della cultura giuridica italiana del tardo Ottocento. Probabilmente, l'estrema intelligenza dell'uomo avrà reso incisiva la sua presenza come avvocato, come amministratore locale, come parlamentare, e anzi la familiarità con la sua opera mi fa convinto — e il Convegno ce lo dirà — che si trattò di personaggio complesso, ricco di parecchie dimensioni. Sono però anche convinto che il motivo primo, per cui noi oggi, a quasi cento anni dalla Sua morte (4), lo ricordiamo e celebriamo, è a causa di quella sua voce dal timbro culturale così intenso e peculiare. Ammettiamolo pure: la legge 24 giugno 1888 non ha il volto di uno dei tanti interventi liquidatorii e profondamente si differenzia dagli altri soltanto perché il Segretario della commissione parlamentare, in grazia della sua testa ricolma di tante letture e fertile di tanta sensibilità culturale (i suoi colleghi l'avranno, almeno all'inizio, identificata in fantasiosa estrosità), ne fece il primo segno a livello ufficiale d'un possibile atteggiamento di revisione di solidissimi luoghi comuni imperanti. La cultura giuridica di Zucconi merita perciò una sosta autonoma e attenta.

Cultura giuridica, è scritto nel titolo, e qui bisogna subito intendersi preliminarmente. Non v'è dubbio che giuridica è la preparazione di Zucconi, da quella universitaria a quella professionale, e giuridica è la sua visione del mondo sempre tesa a ricercare e rilevare i segni non sensibili ma altrettanto reali di quelle nascoste geometrie ordinanti che sorreggono il sociale e gli consentono pienezza di vita; ma non si percepisca questa aggettivazione con quella carica di isolamento e di chiusura a cui ci hanno avvezzato, in Italia, decenni e decenni di formalismo e di legalismo. Il giuridico di Zucconi, pur nella

(4) Giovanni Zucconi muore infatti, neanche cinquantenne, a Camerino, nel 1894.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua indiscussa autonomia, sfocia sempre nel sociale e soprattutto nell'economico, e ciò non tanto perché il Nostro, se qualcosa insegna nell'Ateneo camerte, è per l'appunto non materie giuridiche (5) ma la Statistica e l'Economia politica, quanto per due motivi più sostanziali: perché al mondo culturale, cui fa capo Zucconi, teso com'è alla ricerca del «positivo», ripugnano confinazioni troppo rigide ed è invece congeniale una visione complessiva del dato sociale come la più corrispondente alla complessità e ricchezza della vita storica; perché, conseguentemente, in questo mondo culturale c'è una continua e insopprimibile circolazione osmotica fra diritto, economia e sociologia, e il diritto è soltanto la più augusta, la più antica, la più metodologicamente collaudata delle scienze sociali. La stessa pubblicistica giuridica di allora dimostra questa permeabilità di confini, come stanno a testimoniare i rilevanti saggi di riflessione economica ospitalmente pubblicati dalle Riviste giuridiche, a cominciare dagli studi storicamente significativi del Cusumano sul germanismo economico che trovano comoda nicchia nelle pagine dello «Archivio giuridico» (6).

2. E veniamo al nodo della singolarità culturale di Zucconi, nel tentativo di contribuire a scioglierlo.

Alcuni essenziali elementi interpretativi vanno subito presupposti: Giovanni Zucconi è espressione fedele della sua terra camerte, nella quale va costantemente inserito a pena di non raggiungere la piena comprensione del personaggio; come la sua terra camerte — com'essa era soprattutto cento anni fa —, egli è un appartato, un solitario, e in solitudine — in una liberante solitudine — va visto l'emergere, il procedere, il consolidarsi della sua meditazione e della sua visione dei rapporti uomo-cose e delle proprietà in particolare.

Proprietario terriero, ha dal suo ceppo contadino la virtù intima di un legame non effimero con la terra; personaggio sensibilissimo ai problemi sociali, ha occhi aperti e curiosi ma soprattutto rispettosi per i costumi che vede vivere intorno a sé, còlti sempre come estrema derivazione di lontane propaggini storiche; cultore del positivo, fa

(5) A parte, in una brevissima parentesi, il «Diritto amministrativo».

(6) Nella stessa biblioteca di Giovanni Zucconi, ora conservata nella villa di Paganico, si fa gran posto ad opere di scienza economica, e la «Biblioteca dell'economista» è massicciamente presente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'osservazione il privilegio primo di quei suoi occhi ben aperti sul mondo, unendovi un gusto tutto specifico per il rilevamento dei dati che la lunga familiarità con la statistica non poteva non avvalorare.

Tre buoni motivi per giustificare il perfetto inserimento di Zucconi in quel lembo di regione marchigiana, per cogliere in questa sua perfetta specularità verso l'ambiente circostante la cifra più segreta e la più espressiva. Con due precisazioni inabdicabili.

Innanzitutto questa prima: Zucconi non è il proprietario fondiario dominato da un attaccamento viscerale e da un vago sentimento arcadico, né la landa camerte è il campanile alla cui ombra riposarsi e di cui tessere elogi fuori del tempo. La landa camerte è invece lo spazio concreto in cui possono effettivamente esercitarsi le due attività che più gli sono congeniali, l'osservazione e il rilevamento, attività che han bisogno di un terreno determinato per essere fruttuose, che rifuggono per loro natura da astrattezze e genericità. Lo spazio collinare e montano intorno a Camerino è, per così dire, il laboratorio sperimentale del «positivista» Zucconi, quella zolla anche se esigua di paese reale da scandagliare in lungo e in largo proprio per stracciarne l'eventuale immagine cartolinesca confezionata ad arte da basse retoriche spesso servili a basse ideologie. Tanto meglio se quella era la sua terra, giacché alla virtù fredda dell'osservazione egli avrebbe potuto unire quei legami più vivi che nascono dalla dimestichezza e dalla consuetudine generazionale e che, lungi dallo sfocare l'immagine, avrebbero permesso la comprensione piena della realtà. Quella provincia camerte, che la dorsale appenninica continuava a quasi separare come mondo appartato e conchiuso dall'altra Italia economicamente in risveglio e avviata a un notevole incremento industriale e commerciale; che poche e mal sicure strade congiungevano con quell'altra Italia e per la quale si invocava ormai il rimedio di una diretta comunicazione ferroviaria; che viveva soltanto di agricoltura; che, per la natura del suo assetto montagnoso e collinare, nutriva ancora all'interno dell'universo agrario una presenza massiccia del bosco e del pascolo con una prevalente economia silvo-pastorale; quella provincia all'osservatore oggettivo che voleva analizzarla senza umori e prevenzioni, con scientifico distacco ma anche con la più rispettosa disponibilità a registrarne attentamente tutti i valori, offriva un panorama complesso al cui centro si collocavano molti nuclei comunitari di gestione agraria con assetti proprii che non attingevano né alla legislazione e cultura giuridica ufficiali ma neanche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al grande filone di tradizione giuridica dominante nella storia dell'Europa occidentale, quello romano e romanistico. L'osservatore, lungi dal ritenerli creature aberranti e deformi, li accostò con l'osservazione e lo studio, volle capirli.

E cade qui acconcia la seconda precisazione: se il « natio loco » fu per Zucconi niente più che il laboratorio sperimentale a portata di mano, l'intelligenza del personaggio pretese immediatamente una seconda operazione, e fu operazione comparativa, e fu la grande operazione di salvataggio culturale: poteva questa zolla di Appennino marchigiano, questo esiguo insieme di montagne e di vallate selvaggie, essere ricondotta a una più grande orditura di cui rappresentava soltanto una minima fibra? Il « campanile » camerte non porge ombra quieta per il sonno di Zucconi. E i poveri assetti montani si vedono proiettati in una dimensione affatto universale, connessi come sono alla storia delle forme di appartenenza della terra, alla dialettica fra cultura giuridica romano-romanistica e culture pre-romane, alle ricerche dell'inglese Maine, del belga Laveleye, del russo Kovalewski, dello svizzero Heusler, e via dicendo. I costumi camerinesi di assetto collettivo della appartenenza si disvelano agli occhi di Zucconi come tessera di un amplissimo mosaico, e una intensa dialettica fra particolare e universale penetra il ricercatore e l'operatore. Invano cercheremmo il campanile locale, che è completamente risolto nella mai deposta coscienza universale del fenomeno da parte dell'osservatore (7).

3. L'esplorazione locale come accertamento della realtà socio-economico-giuridica positiva a disposizione delle capacità di rilevamento e di analisi dell'osservatore è lo strumento che, al di là delle affermazioni generiche, Zucconi dimostra effettivamente di prediligere e di utilizzare in due aspetti della sua esperienza di lavoro: in una circostanza limitata nel tempo, ma attiva e incisiva, come la sua collaborazione alla Inchiesta Jacini; nella sua professione di avvocato, una dimensione di lavoro che lo impegnerà, al contrario, per tutta la vita fino al momento della morte prematura e che la coinvolgente vita parlamentare non riuscirà a soffocare (8).

---

(7) Si vedano le precisazioni offerte nelle pagine seguenti e soprattutto nel §. 7.

(8) Soprattutto negli ultimi anni della vita egli intensifica un aspetto particolare della professione legale e a lui particolarmente congeniale: il patrocinio nei procedimenti —

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Giovanni Zucconi non è un semplice operaio ma un protagonista nella complessa e operosa officina impiantata alla fine degli anni Settanta in tutta Italia dalla lungimiranza di Stefano Jacini; articolandosi l'organizzazione relativa alla varia e complicata realtà agraria marchigiana in Sottocomitati locali, Egli è il Presidente di quello di Camerino ([9]).

Doveva per lui essere particolarmente suadente quel dar voce alle cose su cui Jacini tanto insisteva, quell'accumulo di rilevamenti magari impietosi dai quali finalmente si disegnasse da sé, senza interventi edulcoranti come nella propaganda ufficiale del regime, il volto del « paese reale ». E fu evento provvidenziale che in questa operosità egli dovesse venire in non episodico contatto con il maceratese Ghino Valenti, Segretario del Sottocomitato di Macerata, coordinatore e relatore sostanziale per quanto atteneva alla intera regione delle Marche ([10]).

Il rapporto fra i due — che sarà cementato da amicizia e stima durevoli non scalfite, come dimostrano tarde attestazioni ([11]), da pic-

---

previsti dalla *sua* legge 24 giugno 1888 — dinnanzi alle Giunte d'arbitri. Molte sono le comparse in procedimenti presso le Giunte d'arbitri in Camerino, Ancona e Spoleto, che sono a tutt'oggi conservate nell'Archivio Zucconi.

([9]) Cfr. *Atti della Giunta per la Inchiesta agraria e sulle condizioni della classe agricola* — Volume XI, tomo II, Roma, Forzani, 1884 (rist. anast. Bologna, Forni, 1987), Introduzione, p. VIII.

([10]) Su Ghino Valenti operatore nell'àmbito dell'Inchiesta Jacini cfr. le precisazioni offerte in «*Un altro modo di possedere*», cit., p. 286 ss.

([11]) Da parte dello Zucconi un omaggio al Valenti come «studiosissimo di questi argomenti» è nella sua Relazione, sul disegno di legge Grimaldi, del 30 marzo 1886 (cfr. *Atti parlamentari* — Camera dei Deputati — Legislatura XV — I sessione 1882-86 — Documenti — Disegni di legge e relazioni, n. 270 A, p. 12). «Al Marchese Giovanni Zucconi deputato al Parlamento» è formalmente dedicato il primo grosso contributo scientifico di Valenti, e cioè *Il rimboschimento e la proprietà collettiva nell'Appennino marchigiano* (1887), leggibile oggi in *Studi di politica agraria*, Roma, Athenaeum, 1914, p. I ss. Nella «Lettera proemio» premessa all'opera e indirizzata appunto a Zucconi, Valenti ricorda (p. 6) «l'amicizia sincera, che da tanto tempo ci lega» ed esce in questo significativo riconoscimento: «è ormai, posso dire, da molti anni ch'io mi vado occupando con assiduo studio delle condizioni della proprietà delle nostre montagne, e mi fu sempre di grande conforto il sapere, che i miei concetti intorno all'origine e all'essenza giuridica delle nostre Comunanze e dei diritti d'uso erano da te pienamente approvati, da te che sei conoscitore profondo della materia e mi fosti sempre largo di consigli e d'aiuti» (p. 4). Qualche anno più tardi Valenti, in un saggio del '91, ribadiva volentieri una pubblica attestazione di stima scientifica: [il] «deputato Zucconi che è fra quei cultori delle scienze sociali, ormai non più pochi nemmeno in Italia, i quali dall'evoluzione stori-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coli screzii momentanei ([12]) — significa sì comunanza di lavoro ma soprattutto comunanza di idee. Già in un suo saggetto risalente ai primi mesi dell'Ottanta Valenti aveva segnalato la sua visione spregiudicata degli assetti collettivi della montagna marchigiana ([13]); ed è proprio in una impermeabilità verso i luoghi comuni e in una riottosa resistenza a farsi plagiare dalle favolette ricorrenti in tema di forme primitive della proprietà che Zucconi e Valenti registrano profonda consonanza.

La solitudine del Nostro, cui sopra si faceva riferimento, trova una attenuazione nell'appartata nicchia picena soltanto nella familiarità con l'economista maceratese e nello scambio — che dovette essere frequente — di idee e di risultati delle personali rilevazioni.

Il frutto non si fece attendere ed è consegnato nei grossi volumi degli «Atti» dell'Inchiesta, dove fa spicco per la sua singolarità rispetto ai contenuti di altri risultati regionali: mentre nel materiale delle altre circoscrizioni e addirittura della stessa circoscrizione quinta per le provincie di Roma e Grosseto e di Perugia, gli assetti fondiarii collettivi sono devitalizzati sotto l'etichetta sminuente di «Gravami della proprietà», una sistemazione innovatrice si afferma, fin dall'inquadramento formale, per le provincie di Ancona, Ascoli, Macerata e Pesaro. Un capitolo autonomo vi è infatti dedicato a quegli assetti sotto la diversa intestazione «La proprietà collettiva nella zona montana», e non è invece traccia alcuna di essi nel capitolo successivo «Valori e gravami della proprietà» ([14]).

Il merito principale deve ascriversi al Valenti, redattore effettivo

---

ca della proprietà fondiaria intendono trarre gli elementi per ricostituire su basi più solide una teoria della proprietà meno rigida e più consentanea alle trasformazioni incessanti di tutti gli ordinamenti economici» (G. VALENTI, *Cooperazione e proprietà collettiva*, in *Nuova Antologia*, 16 luglio 1891, p. 341).

([12]) In seno al Congresso degli agricoltori marchigiani, nella seduta del 24 settembre 1887, Zucconi bollò come socialisteggianti certe proposizioni del Valenti, il quale, a caldo, redigendo il 10 ottobre dello stesso anno la «lettera proemio» indirizzata al deputato camerte in premessa al suo *Il rimboschimento e la proprietà collettiva nell'Appennino marchigiano, cit.*, p. 3 ss., pubblicamente se ne doleva. In calce alla stessa «lettera proemio», nella ristampa del saggio valentiano fatta nel 1914 e sopra citata, si vedano gli interessanti riferimenti dell'economista maceratese a uno scambio di corrispondenza intercorso subito dopo il Congresso del settembre '87 fra lui e Zucconi.

([13]) G. VALENTI, *La proprietà nell'Appennino marchigiano*, in *Rassegna provinciale di Macerata*, II (1880), n. 48 del 29-2-1880 e n. 49 del 7-3-1880.

([14]) *Atti della Giunta per la Inchiesta agraria*, cit., cap. XVII e cap. XIX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della relazione e coordinatore di tutto il materiale regionale, ma è doppiamente significativa la presenza accanto a lui, in posizione di rilievo, di Giovanni Zucconi: significativa per consolidare con l'apporto cospicuo dei dati relativi alla montagna camerte un certo indirizzo dell'Inchiesta su tema così scottante; significativa per consolidare nella stessa coscienza scientifica di Zucconi un patrimonio di certezze, con l'appoggio autorevole di Valenti e con l'eloquenza della gran mole di dati pazientemente raccolti sul campo e scientificamente ordinati.

L'esperienza nella organizzazione della Inchiesta deve interpretarsi come un non secondario momento di fondazione delle future scelte così precise e decise, così coraggiose e consapevoli, del relatore parlamentare sul disegno di legge Grimaldi. Una tal convinzione e consapevolezza nasceva dalla lettura di quello straordinario libro aperto fatto di cose inequivoche e non di parole fumose, che la Inchiesta per parecchi anni gli consente di avere sotto gli occhi.

4. Ma v'era per Zucconi un altro libro aperto, di rara eloquenza perché ugualmente fatto di cose: l'esercizio di una professione d'avvocato gestita con una vocazione sqisitamente sociale, che colloca il Nostro in posizione antitetica a quella di un azzeccagarbugli. È infatti una professione che pone il legale camerte in stretto contatto con il ricco tessuto di Comuni, istituzioni, comunità della campagna e montagna intorno a Camerino; per esempio, con Fiuminata.

Questo piccolo villaggio, situato oltre Pioraco nell'alta valle del fiume Potenza, custodisce nel suo territorio cospicue reliquie di proprietà collettiva. Zucconi ne è, si può dire da sempre, il legale e, in questa sua veste, affiora sempre alla sua attenzione anche se indirettamente la peculiare realtà economico-sociale retrostante. Già nel 1874, in una comparsa conclusionale a stampa che pure riguarda un *petitum* di «rivendicazione di stabili», esordisce così il giovane avvocato: «fino ab antiquo i popolani del Comune di Fiuminata goderono del diritto di pascere e legnare sopra alcuni prativi e boschivi siti nel territorio del comune sul vicino Monte Gemmo fra i quali i beni in vocabolo Portola, oggetto dell'odierna controversia» ([15]).

([15]) Nella biblioteca, già di Giovanni, attualmente ordinata e custodita da Ferdinando Zucconi nella avita dimora campestre di Paganico, sono conservati parecchi volumi di memorie defensionali del Nostro. La comparsa, cui si accenna nel testo, datata: Cameri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un accenno soltanto, ma anche un segno del contatto non indifferente con le strutture più profonde della società comunale; un accenno che ci motiva a sufficienza perché, quando nel 1884 lo stesso Comune di Fiuminata domanda a Zucconi la stesura di un parere *pro veritate* su queste benedette «servitù» di pascere e legnare, il nostro avvocato se ne esce con una monografia a stampa che è anche un esemplare trattatello storico-giuridico sulla natura di quegli assetti e — ciò che più conta — un esemplare tentativo per la loro più autentica comprensione ([16]).

Nel'84 ci sono almeno dieci anni di confidenza professionale con il Comune; nell'84 si può anche tesaurizzare il grosso lavorìo fatto per l'Inchiesta e che ricomprendeva pure l'esplorazione dell'alta valle del Potenza. Zucconi ha tutti gli strumenti ma ha principalmente la gran voglia di cogliere l'occasione per gridare sui tetti la sua verità sul segreto degli assetti collettivi. I tetti sono ancora quelli modesti della remota Camerino ma fra due anni saranno quelli di Roma e dello stesso palazzo di Montecitorio.

La memoria avvocatesca per il Comune di Fiuminata che, nella ampiezza documentazione complessità di approccio e di motivazioni, appartiene senza dubbio a una letteratura forense di altissimo rango, è quasi il primo esercizio scientifico, pur ridotto e particolarizzato dalla richiesta del cliente, in cui sull'argomento si misura Zucconi, e dimostra già la maturità di visione del personaggio: che non fa opera da leguleio ma da giurista aperto e culturalmente provveduto.

Prenderò fra breve in esame il parere zucconiano nei suoi diretti contenuti, ma quel che mi preme qui fin da ora di segnare è il valore di un certo esercizio dell'avvocatura per la maturazione delle convinzioni del Nostro. Se mi è consentito l'accostamento, è accaduto a fine Ottocento per Zucconi quanto nel periodo prima e dopo la seconda guerra mondiale avverrà per Giangastone Bolla ([17]). Bolla che, prima

---

no, 17 febbraio 1874, redatta «per Felicioli Filippo nella qualifica di Sindaco del Comune di Fiuminata» «in punto a rivendicazione di stabili» è nel volume segnato: Difese civili — vol. I.

([16]) G. Zucconi, *Parere legale sui diritti d'uso civico dei popolani di Fiuminata sui beni ex-camerali*, Camerino, tip. Savini, 1884.

([17]) Su Bolla, per molti anni docente di Diritto agrario nella Università di Firenze, che ha dedicato una lunga serie di scritti al problema delle proprietà collettive dell'arco alpino, cfr. quanto ho avuto occasione di precisare in una precedente ricerca: P. Grossi,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di salire tardivamente la cattedra universitaria nel 1933, esercita attivamente la professione forense, trova in questa il tramite primo per il contatto e la familiarità con le proprietà collettive dell'arco alpino orientale e infine per la loro interpretazione scientifica. Sarà dapprima nelle memorie defensionali che Bolla affinerà le sue diagnosi storico-giuridiche e sarà solo successivamente che ne disegnerà dottrinalmente il volto giuridico ([18]) e ne tenterà il riconoscimento sul piano legislativo ([19]).

5. E vediamo in che senso il parere *pro veritate*, che l'avvocato Giovanni Zucconi rende nel 1884 al Sindaco di Fiuminata, è una chiara dimostrazione della veridicità di questo assunto.

Zucconi parte da una analisi minuta della situazione locale, dei reperti catastali, dei contenuti usuali del godimento, delle vicissitudini dei fondi, ma avverte che, per decifrare quella crittografia giuridica che *ab immemorabili* si è venuta disegnando su pascoli e boschi delle montagne fiuminatesi, occorre fare un salto di piano, porsi a un maggior livello interculturale da cui il paesaggio giuridico possa essere osservato con una assoluta nudità di sguardo, senza quelle prevenzioni che inevitabilmente si imprimono in chi è avvezzo a osservare dall'interno di un solo universo culturale subendone tutte le pretese certezze. È la percezione precisa che quegli assetti si situano al di là dell'universo culturale — cioè di cultura giuridica — ufficiale e dominante in Italia nel 1884: quelle che sotto un occhiale romanistico appaiono crittografie indecifrabili diventano strutture chiare e razionali solo se pensate con altri schemi mentali, in nome di altri principii ordinanti, dietro altre ideologie dell'appartenenza. Oscurità e irrazionalità conseguono soltanto al procedimento intellettuale metodologicamente viziato di misurarle in base a schemi, principii, ideologie ad esse completamente estranei, mentre l'unico criterio

---

Stile fiorentino — Gli studi giuridici nella Firenze italiana — 1859/1950, Milano, Giuffrè, 1986, p. 216 ss.

([18]) Se ne vedano le testimonianze principali (ma non complete) raccolte in: G. BOLLA, *Scritti di diritto agrario*, Milano, Giuffrè, 1963.

([19]) Bolla fu tra coloro cui deve ascriversi il merito se nella Legge 25 luglio 1952, n. 991 (la cosiddetta legge sulla montagna) il fenomeno delle «comunioni familiari vigenti nei terreni montani» ricevette per la prima volta una disciplina rispettosa della sua peculiarità storica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scientificamente valido è quello della disponibilità a rispettare quanto di estraneo e di alieno vi si serba.

D'un colpo, il minimo lembo di territorio camerte è trasportato nella grande disputa sulle forme storiche di proprietà e sulla dialettica fra diverse culture giuridiche, che da qualche anno sta vivacizzando in tutta Europa il sonnacchioso stuolo dei giuristi. Ma non è un lustrino di grossi nomi che il pratico marchigiano con avvocatesca furberia inserisce ad arte nel contesto del parere per estorcere una parcella più alta al Sindaco di Fiuminata o per abbacinare — domani — un futuro giudice di future contese. È invece l'unico modo per venire a capo del problema, l'unico modo che non sia il risolverlo con la violenza legale e con la liquidazione forzosa in nome della nuova unitaria proprietà borghese. E questo è ciò che Zucconi vuole ad ogni costo evitare; non perché sia un nemico della proprietà borghese e dell'individualismo possessivo (anzi, se v'è stata polemica fra lui e il Valenti, ha avuto origine dal fatto che questi gli appariva troppo socialisteggiante) ([20]); non perché — tutto sommato — sia negatore di un umano progresso dal collettivismo all'individualismo, ma soltanto per la ripugnanza di indole scientifica e, in particolare, epistemologica che gli procurava un ragionare unilaterale per assiomi, per luoghi comuni, per valori assoluti. Zucconi si riconosce nei grandi mentori della disputa europea (Maine e Laveleye) soprattutto per la nota eminente di pluralismo culturale di cui essi sono portatori.

Dirà Egli nella parte centrale del parere: «io son convinto con il Laveleye... che mal si può giudicare di siffatti usi con la sola scorta del *jus quiritarium*, e senza rintracciarne la natura intrinseca e la loro origine. Gioverà pertanto anzi tutto il ricercare le origini degli usi civici poiché da questa indagine scaturiranno come corollari le nozioni sull'indole dei detti usi, sulla loro estensione, e sulla influenza delle moderne legislazioni sui medesimi. È ormai dimostrato, da profonde ricerche sui costumi dei popoli, erroneo il concetto di alcuni giuristi i quali riguardano la proprietà privata come la forma primitiva della proprietà stabile, e la comunista come una forma derivata da quella in forza di contratti od associazioni fra privati proprietari, o in virtù di concessioni di principi, e di prescrizione. Mercé gli studi del Maurer e del Nasse in Germania, di Emilio Laveleye nel Belgio, di Gabriele Rosa in Italia, e soprattutto dell'inglese Enrico Maine nel

([20]) Cfr. più sopra, a p. 178.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suo libro *Ancient Law*, è dimostrato che la forma primitiva della proprietà terriera è presso tutti i popoli la collettiva o comunale» (21).

E non è né velleitario né ingenuo se la parte centrale del parere è tutta dedicata alla «origine degli usi o diritti civici» (22): perché il nodo giuridico vigente ha profondissime radici storico-giuridiche, le quali, se ignorate o fraintese, compromettono l'intera comprensione o irrimediabilmente la viziano. Qui i grandi animatori dottrinali della disputa ottocentesca si mescolano, quali fonti di Zucconi, ai sensibili giuristi dell'antico regime che egli dimostra — per lungo studio — di conoscere perfettamente; fra i molti, il remoto feudista meridionale Andrea d'Isernia (23), lo spagnolo Otero (24), il prestigiosissimo Cardinal De Luca (25).

La favoletta borghese, che configura gli usi e i diritti collettivi come usurpazione di pezzenti tollerata dalla graziosa generosità dei proprietari, si capovolge intieramente, e si profila un itinerario storico-giuridico invertito che procede invece da una primitiva comunione popolare allo spossessamento da parte di un signore che la trasforma in dominio particolare. Zucconi è convinto «che cioè gli usi civici non sieno che l'espressione dell'antico dominio popolare sulle terre poscia dal popolo cedute o ad esso prepotentemente ritolte» (26), talora con dei contenuti di godimento assai ristretti, talora con contenuti ampi, a seconda delle diverse circostanze storiche in cui si sono risolte le lotte fra comunità e signori, tutti però «reliquie» dell'antico condominio rappresentanti in quantità diversa, la «conservazione del diritto di proprietà che ai cittadini spettava in comune sulle terre oggi passate in proprietà privata» (27).

Ma Zucconi, che è giurista tecnicamente assai provveduto, non si arresta qui. Avverte che la locuzione e nozione di condominio può

(21) ZUCCONI, *Parere legale*, cit., p. 13.

(22) È la parte seconda che è così intitolata.

(23) Di Andrea d'Isernia, il *monarcha feudistarum*, egli cita i «Commentaria in Constitutiones Regias».

(24) Frequenti sono i riferimenti al «De pascuis et jure pascendi» di Antonio Fernandez de Otero, giureconsulto operante nel Seicento in Spagna.

(25) Una delle fonti principali per Zucconi è il libro quarto (De servitutibus praedialibus, usufructu et utroque retractu) del «Theatrum veritatis et justitiae» di Giovan Battista De Luca, soprattutto nei *discursus* dal 35 al 42.

(26) ZUCCONI, *Parere legale*, cit., p. 18.

(27) ZUCCONI, *Parere legale*, cit., p. 24.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essere estremamente ambigua a causa di quel certo modello romano e romanistico che ogni giurista ha ben impresso nella propria testa; e tiene a precisare che qui si fa riferimento a un'altra nozione di condominio cui si partecipa non *uti dominus* ma *uti civis*, un condominio in cui la proprietà non è riconducibile — sia pure *pro quota* — a un individuo come nella comunione romana ma piuttosto a una catena ininterrotta di generazioni senza capacità dispositive per il singolo ([28]). «Un altro modo di possedere» — riconosce Zucconi facendo sua la frase efficace di Carlo Cattaneo —, «un'altra legislazione, un altro ordine sociale che inosservato discese da remotissimi secoli fino a noi» ([29]).

E gli assetti collettivi delle montagne sopra Fiuminata si ingigantiscono: giuridicamente sono l'espressione d'un altro pianeta, d'un'altra civiltà costruita su basi politiche, sociali ed economiche diverse; i popolani di Fiuminata, come utenti di quei diritti collettivi, appaiono quasi un popolo di stranieri in patria, che può pretendere di essere valutato secondo il proprio diritto. Un diritto storicamente perdente a fine Ottocento, esiliato sui monti meno accessibili dove soltanto ha potuto continuare a sopravvivere, ma parte viva del positivo della terra e della storia e come tale meritevole di rispetto. Nella sua appartata nicchia camerte, Giovanni Zucconi, corroborato dalla esperienza fruttuosa dell'Inchiesta, sollecitato dalla vicina testimonianza di Valenti, arricchito da tante letture di mentori transalpini, consegue una piena affrancazione dalla monocultura circolante. Ed è singolare questo arioso spazio pluralistico in cui si colloca.

6. Nella seduta della Camera dei Deputati del 30 marzo 1886 l'onorevole Giovanni Zucconi, relatore per la apposita Commissione parlamentare, teneva la sua relazione sul disegno di legge per la «abolizione delle servitù di pascere nelle provincie ex-pontificie» presentato a suo tempo dal Ministro Bernardino Grimaldi ([30]). Sull'i-

([28]) ZUCCONI, *Parere legale*, cit., p. 25 ss.

([29]) Zucconi si compiace di citare per esteso (*Ibidem*, p. 18), riconoscendovisi appieno, lo splendido, notissimo testo cattaneano, che è come un vessillo di tutta la cultura giuridica alternativa in tema di proprietà. Il testo si può leggere in C. CATTANEO, *Su la bonificazione del Piano di Magadino a nome della Società promotrice. Primo rapporto*, ora in *Scritti economici*, a cura di A. Bertolino, Firenze, Le Monnier, 1956, vol. III, pp. 187-88.

([30]) Vedi la citazione esatta più sopra, alla nota 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tinerario del disegno ha parlato con dovizia di dati offrendone una intelligente ricostruzione complessiva Maria Sofia Corciulo nel suo pregevole intervento e ciò mi esime anche dal farvi un piccolo accenno. Mi limiterò pertanto alla relazione zucconiana, che è testimonianza compiuta della maturità culturale del Nostro, della singolarità del suo ormai definitivo orientamento.

Chi conosce il «Parere legale» per Fiuminata di due anni prima vi scorge agevolmente la continuità perfetta del pensiero: la relazione non è che una tappa ulteriore, magari sorretta da uno sguardo più esteso, magari arricchita da una più ampia documentazione. Ma i nodi individuati, le diagnosi operate, le soluzioni prospettate sono le stesse.

Si rileggano le parole di avvio del capo secondo, che rappresenta tuttavia l'esordio sostanziale della intera relazione: «Dopo che... i reggitori dei varii paesi dell'Italia divisa e gli stessi legislatori italiani emanarono provvedimenti diretti a distruggere totalmente o in gran parte la promiscuità del godimento e le servitù civiche gravanti i beni rustici nelle diverse provincie, le opinioni degli economisti e degli uomini di stato su questo soggetto si vennero a poco a poco modificando. Dall'assioma ricevuto che cotesti istituti, caratterizzati come vieti residui del regime feudale, fossero sempre ed in qualunque condizione di tempo e di luogo dannosi ai progressi dell'agricoltura, o assolutamente indegni di esistere, si passò al dubbio della bontà di questa dottrina distruggitrice dei diritti popolari così generale ed assoluta. Le dotte e molteplici ricerche eseguite in questi ultimi tempi sulla origine di questi usi civici, le quali si rannodano con le indagini sulle forme primitive della proprietà rustica, gli studi sui costumi e lo stato attuale della proprietà di alcuni popoli dell'Asia e dell'Europa, specialmente della India Inglese, della Russia, della Serbia e della Svizzera, portarono gli storici del diritto a concludere che i diritti civici e popolari più che un portato tramandatoci dai distrutti feudi sono spesso invece i vestigi del regime agrario primitivo, nel quale il godimento delle terre e l'esercizio del diritto di proprietà su di esse esercitavasi in forma collettiva dai componenti delle tribù o dagli abitanti dei villaggi. Gli scritti del Sumner Maine, del Laveleye, del Roscher, del Rosa e di altri molti, diedero molto lume di fatti prima sconosciuti a questa dottrina. Come in tutte le forme di evoluzione anche in quella della proprietà fondiaria la individualizzazione è posteriore alla forma complessa di proprietà comunistica. La

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proprietà privata succede a questa e vi si sovrappone lentamente, e la collettiva rimane là dove per circostanze di clima, di suolo, di regime politico non è utile né possibile la appropriazione individuale del suolo (31)».

Si tratta di un esordio inusitato per un intervento parlamentare, inusitato perché portatore d'una prevalente esigenza di adeguamento scientifico e di correttezza metodologica. La dimensione politica qui è nascosta; ma non è occultata ad arte, bensì in secondo piano rispetto alla preoccupazione primaria dell'oratore, che è di altro ordine. A Zucconi, cultore del positivo, un solo risultato preme: di operare — grazie agli ultimi apporti della scienza storica e giuridica — una identificazione verisimile degli assetti collettivi, primo passo pregiudiziale per arrivare a una loro corretta collocazione nella società e nell'ordinamento e, infine, a una disciplina non iniqua.

Preoccupazioni e interessi d'indole politica ci saranno (e lo vedremo), ma verranno dopo. Il senso della intiera relazione è un altro: dopo tanti esami attraverso occhiali sfocati, guardare e analizzare finalmente il problema con la lente oggettiva dello scienziato; incrinare di un dubbio critico le certezze finora indiscusse. «Dall'assioma ricevuto... al dubbio». Par di leggere quella pagina dell'*Ancient Law* in cui Maine denuncia il predominio degli *a priori* e individua in essi il nemico da battere (32). Anche nella pagina zucconiana, come per Maine, l'itinerario di salvataggio culturale è la riconquista del dubbio, la consapevolezza che far scienza significa sì approssimarsi alla verità ma problematizzando; risolvendo tutto alla stregua non di astrazioni metafisiche o di ugualmente astratte deduzioni logiche che trovano la loro concretezza soltanto nei sottostanti innominati interessi da difendere, ma di una sensata induzione fondata su fatti naturali e storici (33).

---

(31) ZUCCONI, *Relazione*, cit., p. 2.

(32) H.S. MAINE, *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relations in modern ideas* (1861), London, J. Murray, 1870[4], pp. 91-92. Nelle assai posteriori *Dissertations on early law and custom*, London, J. Murray, 1883 (chapt. VII, princ., pp. 192-93), dando uno sguardo retrospettivo alla propria opera, Maine ribadiva: «When I began it, several years before 1861 [data della prima apparizione di "Ancient Law"], the background was obscured and the route, beyond a certain point obstructed, by *a priori* theories based on the hypothesis of a law and state of nature».

(33) Nell'Archivio Zucconi, in carte purtroppo non ancora ordinate, è conservato un ricco materiale di appunti (di mano di Giovanni) risalenti al momento preparatorio della Relazione parlamentare. È ammirevole la cura e l'impegno profuso da questo straordi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oggi, anno di grazia milleottocentoottantasei, è proprio l'estendersi, il rinnovarsi, l'approfondirsi de «la osservazione storica sulle fonti del diritto» ([34]) a incrinare l'apriori, la verità assiomatica e pertanto indiscussa e indiscutibile, e ad avviare quel processo di deterioramento sempre maggiore delle certezze artificiose e di lento ma graduale capovolgimento dell'immagine osservata. E la relazione diventa denuncia sonora delle tante usurpazioni dei più potenti, che hanno conculcato le primitive comunioni popolari in maniera sempre più pesante fino a ridurle a un contenuto che poteva legittimare formalmente la loro qualificazione come servitù di pascere e legnare, come gravami della libera proprietà 'quiritaria', e pertanto condannabili perché testimonii e avanzi dei tanti misfatti dell'antico regime.

Agli occhi di Zucconi — qui con una nitidezza assolutamente cristallina — avanzi apparivano chiaramente ma brandelli della *communio primaeva*. Dice a più riprese Zucconi: «i vestigi del regime agrario primitivo» ([35]), o ancora «i residui dell'antico condominio» ([36]), o ancora «un resto dell'antico diritto di proprietà comune» ([37]), ribadendo fortemente con mere variazioni verbali lo stesso preciso concetto e inaugurando un frasario cui una celebre prolusione di Venezian avrebbe dato successivamente — sempre da un pulpito camerte, anche se squisitamente accademico — maggiore e duratura fortuna ([38]).

L'induzione storica, correttamente adoperata, serve innanzi tutto a mettere in luce un risultato storico e uno giuridico, strettamente connessi l'uno all'altro, e di notevole rilievo: la priorità della appropria-

---

nario parlamentare (quanto dissimile dai nostri odierni mestieranti!) in letture dei più aggiornati volumi italiani e stranieri, nell'esame della numerosissima dottrina di diritto comune che egli domina in modo provetto. La chiarezza è senza dubbio chiarezza di idee e di intuizioni, ma è anche il risultato di una documentazione di rara probità, di una curiosità intellettuale che non si appaga facilmente.

([34]) *Relazione*, cit., p. 4.

([35]) *Relazione*, cit., p. 2.

([36]) *Relazione*, cit., p. 3.

([37]) *Relazione*, cit., p. 4.

([38]) È evidente il riferimento alla prolusione di Giacomo Venezian su «Reliquie della proprietà collettiva in Italia», un «pezzo» classico fra i molti studi ottocenteschi sul problema. Su di essa si veda più oltre, alla p. 194. Per una collocazione della prolusione nell'ambito della disputa italiana ed europea sulla storia delle forme di proprietà, si veda quanto ebbi occasione di scriverne in «*Un altro modo di possedere*», cit., p. 257 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione collettiva su quella individuale; la natura delle pretese servitù non come gravami esterni alla appartenenza della terra ma come frammenti più o meno cospicui della stessa appartenenza. L'esatta diagnosi storica consente quel che finora è mancato sul piano del diritto, ossia una altrettanto esatta diagnosi giuridica; eliminando i fraintendimenti storici si eliminano anche gli equivoci giuridici.

Come si vede, la relazione vuol porsi a un livello squisitamente conoscitivo; il suo polmone, da cui trae respiro culturale, è la grande disputa europea sulla vicenda storica delle forme di proprietà , e il bersaglio da centrare è l'individuazione della autentica indole giuridica di questi strani ordini sociali sbarazzandosi dei mascheramenti depostivi sopra dal tempo e dagli uomini.

Rispetto a questa dimensione culturale — dicevo conoscitiva — secondarii appaiono infatti i riferimenti, che pur ci sono, alla questione sociale e alla proprietà collettiva come rimedio al gran fermento popolare di quegli anni. Ma qualcosa di più si dirà fra breve nel penultimo capo di questo saggio.

7. La singolarità del messaggio culturale di Zucconi sta nella perfetta armonizzazione fra analisi minuta del laboratorio locale e percezione delle nuove grandi correnti interpretative che percorrono ormai in lungo e in largo il territorio europeo. Come si è già sottolineato, Zucconi non è pensabile — all'inizio della sua presa di coscienza — fuori della nicchia camerte: qui, fra le rilevazioni pazienti per la Inchiesta agraria e il contatto professionale con tante situazioni particolari ma concrete, si compiace, si esercita, si affina il suo gusto del positivo. Che è anche gusto per la dimensione popolare del costume, e quindi degli istituti economici e giuridici; ma non per venature romantiche, sibbene per la ricerca di realtà effettive, per la ripugnanza ad appagarsi di armonie formali e ufficiali che rischiano di essere soltanto superficiali come fragili piante senza radici.

Il gusto per quanto avviene negli strati sotterranei ben al di sotto dell'ufficiale — che è poi un atteggiamento affatto simile alla propensione di Maine per i fossili sociali e giuridici ([39]) — è l'espressione di una visione non semplicistica della società, anzi decisamente complessa, con una attenzione maggiormente indirizzata verso quel

([39]) Si veda, a questo proposito, l'enunciazione programmatica di *Ancient Law*, cit., p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solido positivo che sono le radicazioni lunghe e profonde, piuttosto che verso le appariscenti ma rapide efflorescenze.

È, quello camerte, il laboratorio dove emergono i dati, si sommano l'uno all'altro, diventano una realtà problematica. Per i dati che si cambiano in problema l'unica risposta scientificamente corretta può però provenire da ulteriori verifiche, da ulteriori collegamenti nel tempo e nello spazio. Sarà il grande strumento della comparazione, orizzontale e verticale, a dire se sono gli occhi inesperti o troppo entusiastici del ricercatore a ingigantire problemi minuti e modesti, e travisare più che osservare oggettivamente.

A questo punto, il laboratorio locale non basta più, e l'osservazione deve anche rivolgersi altrove: si cercano linee, si cercano fondazioni nascoste, si cercano soprattutto dei maestri di pensiero dallo sguardo aguzzo.

La dimestichezza con Ghino Valenti è preziosa: dietro a Valenti o semplicemente insieme a lui (il materiale dell'archivio Zucconi tace su questo gioco di influenze), i reperti marchigiani vengono inseriti in un raggio più ampio, e vengono lette avidamente quelle voci nuove, che odorano un po' d'eresia ma che stanno facendo il giro dei circoli letterari ed accademici. E il Maine tradotto in francese e il best-seller di Laveleye ([40]) entrano a far parte della biblioteca di Zucconi, dove sono tuttora conservati, e su Maine e su Laveleye egli mediterà a lungo come dimostrano i molti appunti manoscritti segnati durante il periodo preparatorio della relazione sulla scorta di quei libri rivelatori. Se si può senza esagerazione dire che tutti i grandi partecipi della disputa sulle forme storiche dell'appartenenza sono conosciuti da Zucconi, è però in Maine e, più ancora, in Laveleye che si deve identificare i suoi mentori ammirati e accettati.

Questa linea di cultura alternativa è più suadente proprio perché prende atto di una cultura giuridica più complessa di quella prospettata dalle solite soluzioni ufficiali e intende fare i conti con essa. Gli assiomi e i semplicismi sono banditi, e si incrina criticamente la visione imperturbabile del diritto ufficiale come soluzione unica o la migliore possibile.

Le ascendenze rigorosamente giusnaturalistiche di tante pretese conquiste in tema di proprietà entrano in conflitto con le istanze sto-

---

([40]) È appena il caso di precisare che ci riferiamo al fortunato libro: *De la propriété et de ses formes primitives*, Paris, 1874.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricistiche di cui è condito il «positivismo» di Zucconi. Le mitologie costruite su una natura dell'uomo assolutizzata e astratta gli appaiono, come venti anni prima a Maine, delle pseudo-metafisiche. Più convincente l'opera di relativizzazione del grande giurista inglese e dell'economista belga, che tendevano a ripettare la natura dell'uomo registrandone e rispettandone le variazioni nei luoghi e nei tempi diversi. In questa relativizzazione, gli assetti misteriosi della montagna camerte che il Sindaco di Fiuminata gli ha dato da studiare, o tutti quelli degli ex-Stati pontificii che turbano le notti del solerte deputato al Parlamento nazionale, trovano un volto e una legittimazione al di là del maestoso solco romanistico e del diritto legale dello Stato nazionale, costituiscono «un altro modo di possedere».

A Zucconi piace questo correre parallelo di più linee culturali. Non si tratta — per lui che è un proprietario terriero ben piantato nella società borghese — di simpatizzare con le proprietà collettive; mai ho infatti riscontrato nelle sue pagine alcun moto antiindividualistico. Si tratta invece di una valorizzazione della complessità della storia e della pluralità di forze che la guidano, di un rispetto delle fibre minoritarie nel suo multiforme tessuto; di rispetto, insomma, per una realtà positiva non riconducibile se non con forzature e violenze in un solo alveo di scorrimento.

8. A due letture fondamentali — lo abbiam detto — si rifà il nostro avvocato-deputato: a Maine e a Laveleye.

Aggiungo e preciso ora: con una preferenza per Laveleye. E il motivo c'è ed è palese: Maine è un ricostruttore del diritto primitivo in tutte le sue manifestazioni e la proprietà è niente più per lui che il capitolo d'una grande vicenda. Il volume di Laveleye è invece dedicato esclusivamente alla proprietà e alle sue forme primitive accumulando sul tema un materiale sociologico, etnologico, economico e giuridico a livello mondiale che può far sorridere il metodologicamente esigente lettore di oggi ma che conquistava facilmente il «positivista» di fine Ottocento reso convinto da tutto quello scialo di dati «positivi» spesso ottenuti con le indagini-inchieste sul campo propugnate dalla montante sociologia. Se Maine è stato un pioniere nell'imboccare strade nuove e nell'iniziare un completo lavacro metodologico dello storico-giurista, gli si dovrà ammirazione e riconoscimento, ma l'interlocutore diretto resta Laveleye, che parla di proprietà collettiva e sforna su di essa una incredibile col-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lezione di assai probanti (o, almeno, tali sembrano) dati comparativi.

Tutto questo può costituire senza dubbio un motivo sufficiente, anche sul piano culturale, per privilegiare il colloquio con il professore di Liegi, ma da sufficiente diventa quasi necessario se si soggiunge che Laveleye non soltanto centrava la sua attenzione sul problema della proprietà ma vi guardava non dal solo angolo d'osservazione culturale, bensì anche da quello più squisitamente politico.

Laveleye, che scrive dopo i subbugli parigini del '71 e che ha ben fisso in mente un problema non dilazionabile di questione sociale, legittima la proprietà collettiva anche su questo piano: essa rappresenta «un altro modo di possedere», che ha legittimazioni e fondazioni nel suo ordine storico e sociale e giuridico, ma costituisce altresì il grande strumento di mediazione che, soddisfacendo le istanze del quarto stato, stempera gli ardori rivoluzionari e consente alla società tardoottocentesca una sopravvivenza mantenendo i suoi valori essenziali. Una proprietà collettiva, insomma, *anche* come non secondario momento operativo di futuri progetti politico-sociali.

Un simile messaggio non poteva non essere congeniale per Zucconi, come di lì a poco lo sarebbe stato per l'altro grande «legislatore» italiano in tema di dominii collettivi, Tommaso Tittoni ([41]).

Dicendo questo non si effettua un mutamento di rotta rispetto all'assunto, più volte affermato e ripetuto, di una prevalenza della dimensione culturale del problema nella visione zucconiana. Quell'assunto va, a mio avviso, tenuto fermo, e il parere legale per il Comune di Fiuminata nella sua spoglia veste ricognitiva d'una verità storica lo sta a dimostrare; lo dimostra anche la relazione parlamentare sul disegno di legge Grimaldi, solo che in questa — come mi ero ritenuto in dovere di accennare più sopra — affiorano anche altre venature, che non divengono prevalenti, ma che pur sono un elemento oggettivo e segnalano in Giovanni Zucconi un personaggio davvero complesso.

Giurista ed economista, professore universitario, avvocato: è questo lo Zucconi che conosciamo e che più ci interessa, ma si farebbe male a trascurare il solidarista convinto, il notabile camerte atti-

([41]) Sul rapporto fra Laveleye e Tittoni si veda «*Un altro modo di possedere*», cit., pp. 361-362, «Alla memoria di Emile de Laveleye» è dedicato il volume che conclude la lunga esperienza scientifica di Ghino Valenti sul tema delle proprietà collettive: *Le forme primitive e la teoria economica della proprietà*, Roma, Loescher, 1892.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vissimo come presidente, amministratore, consigliere, consulente legale in cento istituzioni benefiche, assistenziali, mutualistiche della provincia. Giovanni Zucconi è un uomo di cultura, e come tale innanzitutto si accosta al problema degli assetti collettivi, ma non è né per esistenza un cenobita, né per vocazione un metafisico; anzi, la dimensione operativa è in lui vivace. E quel fatto culturale «proprietà collettiva», quello «altro modo di possedere», viene ad assumere — accanto e in sottordine — una valenza ulteriore, operativa.

La consonanza con Laveleye è piena; l'aspetto della proprietà collettiva come strumento di mediazione sociale appare convincente. Già nella relazione del 30 marzo 1886 apertamente si dischiudeva a questi assetti primordiali la possibilità di incidere nello «arduo problema della cosidetta questione sociale» ([42]) e si faceva espresso riferimento al «mezzo della previdenza e cooperazione» ([43]); idea ribadita con decisione in occasione di altre relazioni parlamentari ([44]), quasi a denunciare la non fuggevolezza d'un pensiero.

Zucconi, che è personaggio di straordinaria finezza e intelligenza in ogni sua manifestazione, come solidarista non ha nulla da spartire con le rozzezze di molti benpensanti che riducevano la solidarietà in forme avvilenti (anche se generose) di beneficenza e, quindi, in elemosina. Egli si pone, al contrario, fra coloro che soprattutto dietro Luzzatti, puntavano sulla cooperazione come strumento principe di rafforzamento e rigenerazione economica delle classi non abbienti, su un meccanismo cioè che valorizzasse forze interne alla classe, ne rispettasse l'autonomia ed escludesse umilianti interventi esterni.

Mette conto di leggere quanto egli ebbe a dire, il 14 novembre 1880, a Camerino, come Presidente del Comitato promotore del Congresso delle Società Operaie della Provincia di Macerata, nel discorso di apertura del Congresso stesso: «a raggiungere questi supremi intenti del sociale miglioramento due diverse vie si credettero aperte, due teorie si lottarono il campo: quella della protezione, e l'altra che lo Stuart Mill chiamò con felice espressione la dottrina della signoria di se stessi. Secondo la prima la sorte dei poveri sta nelle mani delle classi ricche, le quali col mezzo della beneficenza hanno il dovere di apparecchiare a quelli un avvenire meno angoscioso rico-

([42]) ZUCCONI, *Relazione*, cit., p. 4.
([43]) ZUCCONI, *Relazione*, cit., p. 5.
([44]) Cfr. VALENTI, *Cooperazione e proprietà collettiva*, cit., pp. 319-320.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verandoli sotto l'ombra della loro protezione. Secondo l'altra teoria, la sorte degli operai deve essere regolata per loro e da loro medesimi. Eglino debbono trovare in se stessi... la vera soluzione del problema del loro avvenire. Io non intendo togliere merito al primo sistema... ma è sopra una base ben diversa che si va erigendo il grande edificio del benessere dei lavoratori... ed è in voi medesimi, o operai, che voi trovate il potere di assicurare la vostra esistenza, è alle vostre doti che è affidata la cura del vostro avvenire. Voi avete cercato nell'ordine il rimedio ai vostri mali, e l'ordine trasse con sé l'organizzazione di voi stessi... organizzandovi strettamente voi avrete un ordine perenne e stabile...» (45).

Un esempio storicamente convincente di questa «signoria di se stessi», di questa capacità di autoorganizzarsi è per Zucconi, nei territori di montagna a economia silvo-pastorale, la proprietà collettiva, «un grande rimedio per la soluzione delle questioni sociali in Italia» (46). All'illuminato possidente marchigiano, intelligentemente conservatore e quindi intelligentemente aperto a una elevazione sociale ed economica della classe lavoratrice, la liquidazione indiscriminata degli assetti comunitari sembra un errore politico oltre che una iniquità e un atteggiamento diagnostico giuridicamente scorretto. Certo, non una panacea ma uno strumento utile da conservare e potenziare sulla strada del necessario potenziamento dell'associazionismo agrario.

9. Una proficua integrazione a quanto si è detto finora può essere offerta da un breve cenno sulla situazione della Facoltà giuridica camerte negli anni Ottanta, cioè negli anni di maggior lavoro per Giovanni Zucconi e di definizione del suo pensiero e della sua statura culturale; ma sarà un cenno volto unicamente a collegare la riflessione zucconiana con l'ambiente dell'Ateneo.

Se negli anni Settanta l'insegnamento universitario si è svolto a Camerino in modo abbastanza smorto ed opaco, il decennio successivo meriterebbe da solo per la sua vigorìa culturale una autonoma attenzione da parte dello storico. Sembra che i personaggi più vivi della scienza italiana, i suoi futuri protagonisti, si sian dati una sorta

(45) *Congresso delle Società operaie della Provincia di Macerata tenuto in Camerino-Verbale della seduta del 14 Novembre 1880*, Camerino, tip. Savini, 1881, p. 9.

(46) Vedi il testo riportato da VALENTI, *Cooperazione e proprietà collettiva*, cit., p. 319.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'appuntamento sulla collina camerte. Sarà Vittorio Scialoja che inaugura questo felice momento nell'anno accademico 1879-80 e gli seguiranno in continuità, nell'81 Pietro Cogliolo, nell'82 l'economista Maffeo Pantaleoni, nell'83 Giuseppe Salvioli, nell'84 Vittorio Polacco, nell'85 Giacomo Venezian, nell'87 Pietro Bonfante e Vincenzo Simoncelli.

La loro presenza è spesso puntellata da prolusioni che, ben al di là delle liturgie formali, costituiscono contributi personalissimi e frammenti di progetti culturali destinati a essere meditati e discussi anche dalle future generazioni di giuristi. Così per Scialoja e la sua prolusione «Del diritto positivo e dell'equità» ([47]), così per Cogliolo e «La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato» ([48]), per Polacco e «La funzione sociale della legislazione civile» ([49]), per Venezian e le «Reliquie della proprietà collettiva in Italia» ([50]), per Simoncelli e «Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile» ([51]).

Per taluni di essi, quegli anni camerti venivano a coincidere con lo sforzo costruttivo di opere di grosso rinnovamento culturale aventi ad oggetto il rapporto uomo-terra e gli eterni problemi della proprietà e del lavoro: sono per Bonfante gli anni di gestazione delle *Res mancipi*, un saggio che è tutto fuorché una esercitazione tecnica di diritto romano, ma anzi apertissimo e specularissimo di tutto il grande dibattito metodologico circostante ([52]); sono per Simoncelli

([47]) *Del diritto positivo e dell'equità* — Discorso inaugurale letto il giorno 23 novembre 1879, Camerino, tip. Savini, 1880, ora in *Studi giuridici*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1932 ss., vol. III, p. 1.

([48]) *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato* — Prolusione detta all'Università di Camerino il 21 novembre 1861, Camerino, tip. Savini, 1882.

([49]) *La funzione sociale della legislazione civile* — Prelezione letta il 22 gennaio 1885, Camerino, tip. Savini, 1885, ora in *Opere minori*, P. II — *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850*, Fasc. I, Modena, Univ. degli Studi, 1929, p. 31.

([50]) *Reliquie della proprietà collettiva in Italia* — Prelezione letta il 20 novembre 1887, Camerino, tip. Savini, 1888, ora in *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, Athenaeum, 1930.

([51]) *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile* — Discorso letto il 17 novembre 1889, Camerino, tip. Savini, 1890, ora in *Scritti giuridici*, I, Roma, Soc. Ed. Foro Italiano, 1938.

([52]) L'opera bonfantiana, rielaborazione della tesi di laurea discussa a Roma con Vittorio Scialoja, appare nel suo primo fascicolo a Roma nel 1888, per i tipi della Tipografia della Camera, col titolo: *Res mancipi e nec mancipi*. Sul suo inserimento in un più ampio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gli anni dei primi frutti delle sue martellanti ricerche sui contratti agrari medievali e sull'enfiteusi, istituti che consentivano al colto e provveduto civilista di seguire dentro le strutture plastiche forgiate dalle plurisecolari consuetudini emergenti dalle cose la dialettica fra culture giuridiche diverse ([53]).

Dalle carte e dalla biblioteca di Giovanni non emergono tracce significative di rapporti privilegiati con questo o quello studioso ([54]). Ci si deve pertanto limitare a sottolineare nell'Ateneo camerte, per tutti gli anni Ottanta, un clima culturale sollecitante, percorso da un fascio di idee, in aggancio continuo con le grandi dispute metodologiche che agitavano il sonno dei giuristi più sensibili e con le proposte di revisione che, soprattutto oltr'Alpe, non nascondevano la propria insofferenza per i monchi e inadeguati arnesi del mestiere del vecchio giurista. Un clima ricco di consonanze culturali, in cui Zucconi dovette inevitabilmente riconoscersi con facilità, trovare conferme, fondare vieppiù le proprie convinzioni, ampliare il proprio respiro.

àmbito discorsivo si vedano quanto ebbi occasione di scrivere in «*Un altro modo di possedere*», cit., p. 218 ss., e, da ultimo, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *A cent'anni dalle «Res mancipi» di Pietro Bonfante*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII (1988).

([53]) Ricorda proprio gli anni camerti di Simoncelli e, in particolare, le ricerche sull'enfiteusi Pietro Bonfante, che gli fu allora collega a Camerino, in una ricca e ben documentata commemorazione (cfr. P. BONFANTE, *Vincenzo Simoncelli*, ora in *Scritti giuridici vari* — IV — *Studi generali*, Roma, Sampaolesi, 1925, pp. 521-22. Gli studi, cui accenna Bonfante e ai quali il Simoncelli lavorò durante il suo soggiorno camerte, sono: *L'enfiteusi — Esame critico dell'enfiteusi secondo il Codice civile italiano*, Milano, Agnelli, 1888; *L'indole economica del contratto d'enfiteusi del Codice civile italiano*, in *Archivio giuridico*, XL (1888); *Le costruzioni giuridiche dell'enfiteusi e le moderne leggi di affrancamento*, sempre in *Archivio giuridico*, XLI (1888); *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, VI (1888), tutti ora ricompresi, sotto la dizione *Studi sull'enfiteusi*, in V. SIMONCELLI, *Scritti giuridici*, vol. I, Roma, Soc. Ed. del «Foro italiano», 1938. Ad essi può aggiungersi anche il breve saggio *Se l'enfiteuta alienante resti obbligato al canone*, pubblicato originariamente in *La legge*, I (1889), ora ristampato in *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 397 ss.

([54]) Se mai, con Pietro Cogliolo. La prolusione dell'82 «La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato» è nella raccolta di miscellanee di Zucconi segnata da una dedica caldissima dell'Autore. Che il rapporto non fosse puramente formale lo dimostra anche il fatto che Cogliolo, nell'88, ormai Ordinario a Modena da ben cinque anni, invia a Zucconi un estratto della «Law Quarterly Review (XIV, april 1888), in cui, accanto a ricordi di Maine stilati da A.C. Lyall, E. Glasson, F. von Holtzendorff, v'è una sua pagina su «Le opere di Maine in Italia».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E come non pensare a qualcosa di più di una semplice coincidenza, quando constatiamo quale tema della prolusione di Venezian nell'87 ([55]) il problema della proprietà collettiva? Quando la constatiamo intitolata alle «reliquie della proprietà collettiva» in quella Camerino dove Giovanni, preparando minuziosamente la relazione parlamentare dell'86, aveva identificato non una ma parecchie volte nei vigenti assetti collettivi «i residui dell'antico condominio», «i vestigi del regime agrario primitivo», «i resti dell'antico diritto di proprietà comune» ([56])? Senza voler segnare rischiose e inutili primogeniture, c'è forse da presupporre al fine lavoro sistematorio di Venezian ([57]), meritatamente fortunato e meritatamente ricordato da una catena ininterrotta di posteri fino al giorno d'oggi, lo scavo discreto e silenzioso ma pionieristico e coraggioso di Giovanni Zucconi, una ricerca ingiustamente relegata per troppo tempo nei remoti e inarrivabili archivi provinciali di uffici giudiziari e di comunelli o negli illeggibili atti parlamentari.

([55]) Venezian, proprio nella prolusione, elogerà senza riserve l'opera di Zucconi (cfr. *Reliquie della proprietà collettiva in Italia*, in *Opere giuridiche*, vol. II, cit., p. 29). Accennando alla nuova legge che il Parlamento nazionale si apprestava ormai a varare, egli precisa: «di questo risultato va dato il maggior merito all'intelligenza, alla solerzia e al tatto del Vostro deputato il marchese Zucconi, che seppe porre in giusta luce la natura e gli effetti degli istituti che si volevano nuovamente colpire e, sacrificando anche al bene il desiderio del meglio, avviò al trionfo la causa dei diritti popolari».

([56]) Per le citazioni dei testi zucconiani cfr. più sopra, a p. 187.

([57]) Una circostanza da non sottovalutare, ma in ordine alla quale occorrerebbe una maggior documentazione circa l'effettiva consecuzione dei tempi, è che Zucconi, grazie alla propria moglie, aveva acquisito un vincolo familiare con quella Emma De Sanctis, di nobile ceppo matelicano trapiantato a Camerino per via di eredità, che diviene nel 1889 la sposa di Venezian (nell'occasione delle nozze, il 24 ottobre 1889, fu stampato (Camerino, tip. Borgarelli) un fascicoletto di versi, come allora si usava, che reca questa intitolazione attestante il molteplice legame di parentela e di amicizia fra gli Zucconi e i nubendi: *Nelle nozze della contessina Emma Bertucci-Desanctis con il Professor Giacomo Venezian Giovanni e Maddalena Zucconi ed i loro figliuoli diriggono questi versi all'amata nepote, alla cara cugina, all'amico*. Sul punto nessun cenno in M. CHIAUDANO, *Giacomo Venezian nella Università di Camerino*, in *Università di Camerino-Annuario 1932-33*, Camerino, 1933).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

«IL CORAGGIO DELLA MODERAZIONE»*
(Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)

1. I motivi di una rilettura di Vittorio Polacco. — 2. Alcune costanti della riflessione polacchiana. — 3. Le prelezioni degli anni Ottanta: linee di un «Corso di Istituzioni di diritto civile». — 4. Le prelezioni degli anni Ottanta: «la funzione sociale della legislazione civile». — 5. Lungo l'itinerario polacchiano: fra Ottocento e Novecento. — 6. «Le cabale del mondo legale». — 7. «Di alcune deviazioni dal diritto comune». — 8. Anno 1918: «La scuola di diritto civile nell'ora presente».

1. «Giurista coscienzioso, probo, equilibrato» è la frettolosa dipintura che Francesco Ferrara senior offre per la figura di Vittorio Polacco nel suo sciatto e arruffato sguardo a «un secolo di vita del diritto civile» in Italia (1). Disegno riduttivo, tendente a sottolineare l'aurea mediocrità d'un personaggio e tale da non invogliare a compiere il sacrificio di rileggerselo; se si aggiunge poi che di Polacco i testi che hanno più circolato e che han trovato l'onore di maggiori citazioni fra i civilisti italiani sono stati e sono i suoi «corsi» universitari sulle obbligazioni e le successioni, esperimenti didattici esemplari per lucidità e chiarezza ma asciutti e sistematizzanti come si addice a tentativi di approccio degli studenti verso aspetti del diritto positivo, può sembrare ancor più singolare l'interesse di uno storico del diritto verso il giureconsulto patavino (2).

---

* Questo saggio sarà pubblicato anche negli «Studi in onore di Angelo Falzea».

(1) F. FERRARA, *Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)*, ora in *Scritti giuridici* — III —, Milano, Giuffrè, 1954, p. 283.

(2) Patavino a più di un titolo: perché a Padova nacque il 10 maggio 1859; perché nell'Università di Padova studiò e si formò come giurista; perché lì, come ordinario di Diritto civile, si svolse e si consumò nell'arco di ben trenta anni — dal 1881 al 1918 — la più gran parte della sua operosità scientifica e didattica. Dal '18 al '26, anno della sua morte, insegnò invece le «Istituzioni di diritto civile» e il «Diritto civile» presso la Facoltà giuridica romana. Per la ricostruzione dell'apporto di Polacco al pensiero civilistico italiano fra Ottocento e Novecento, il contributo più utile è quello offerto da un suo allie-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Diverse circorstanze si sono, al contrario, assommate in me e mi hanno indirizzato a lui: il primo stimolo lo potevo trovare nel ricordo lontano del mio Maestro universitario di Filosofia del diritto, Alessandro Levi, che nel suo «corso» aveva spesso menzionato in maniera invitante un saggio polacchiano nascosto sotto un titolo obiettivamente invitante: «Le cabale del mondo legale» (3); più da vicino premevano due incontri di studio con lui: quando, ricostruendo le vicende di un notevole foglio giuridico ereticale di fine secolo, «La scienza del diritto privato», lo avevo còlto con qualche sorpresa inserito fra i collaboratori ordinari (4); quando avevo sostato con un po' di attenzione su una sua garbata ma fermissima polemica col Simoncelli (5).

Questi incontri sembravano smentire la scialbezza del giudizio di Ferrara e avvalorare invece i sollecitanti accenni di Levi, segnalavano talvolta atteggiamenti che potevano liminalmente anche apparire contraddittorii ma sempre una complessità di impianto e di motivazioni culturali meritevole di essere indagata. Per questo l'invito è stato raccolto, e il lungo itinerario riflessivo di Polacco è stato seguìto in tutta la sua durata. Un itinerario — anticipiamo pure la principale delle conclusioni — dominato da una indubbia sensibilità culturale e politica e insieme da un sentimento profondo della tradizione giuridica e delle sue forze; perciò complesso — si diceva un rigo sopra —, perciò complicato e non privo di annodazioni — si potrebbe aggiun-

---

vo romano che sarà suo successore nella stessa cattedra romana e uno dei protagonisti del Diritto civile in Italia nel secondo dopoguerra: F. SANTORO PASSARELLI, *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, N.S., VIII (1933). Utile anche — ma soprattutto per la abbondante bibliografia polacchiana riportata in calce — il ricordo di A. ASCOLI, *Vittorio Polacco*, in *Rivista di diritto civile*, XVIII (1926).

(3) *Le cabale del mondo legale* è il testo del discorso letto in una adunanza dell'Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti il 24 maggio 1908, pubblicato dapprima negli «Atti» di quel Consesso, poi ristampato in V. POLACCO, *Opere minori* — Parte I — *Problemi di legislazione*, Modena, Università degli Studi, 1928, p. 41 ss. (da dove, per comodità del lettore, citerò). Traccia della considerazione di Alessandro Levi per questo testo polacchiano è anche nella sua *Teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1950, pp. 195 e 204.

(4) P. GROSSI, *«La scienza del diritto privato» — Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo — 1893/1896*, Milano, Giuffrè, 1988.

(5) Nel saggio intitolato: *Interpretazione ed esegesi — Anno 1890 — Polacco versus Simoncelli*, destinato agli «Studi in memoria di Giovanni Tarello» e che vede la luce anche in *Rivista di diritto civile*, XXXV (1989).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gere ora; ma con un pregio che m'è sembrato il primo emergente dalla paziente lettura: la sua specularità, cioè la sua capacità di mostrar chiari, senza infingimenti o mascherature, sulla pelle del giurista spettatore e attore di tante e non piccole vicende, i segni di quelle vicende. Storicità autentica d'un personaggio che riflette nel suo itinerario personale di ricerca quello denso e accidentato della scienza civilistica in Italia dalle prime compiute riflessioni *post-Codicem* degli anni Ottanta alle prime riflessioni cariche di futuro subito dopo la catastrofe della guerra mondiale.

In coerenza con una simile premessa il saggio, dopo aver tentato di individuare alcune costanti della riflessione polacchiana, terrà dietro — passo a passo — al suo continuo divenire cercando di coglierne i momenti più incisivi dalle esperienze della giovinezza alla riposata voce della estrema maturità.

2. Polacco non è un personaggio semplice, unilineare, in cui la disarmante coerenza permette allo storico di fare i conti con una realtà sempre immobile, magari di qualità altissima ma facilmente interpretabile e incasellabile. In lui si giustappongono e si sovrappongono costantemente ispirazioni e motivi diversi in grazia d'una complessa sensibilità, che rende complesso il messaggio e — quel che più vale — disponibile a modificarsi. Il primo passo verso la comprensione sarà di attardarsi su questa sensibilità per dargli un contenuto. Essendo di fronte a un dato caratteriale del Polacco uomo di cultura e giurista, si è così in grado di fissare alcune costanti del suo pensiero che ne orientano fermamente il divenire: gioco vario e composito di movimenti e di aperture mai disgiunti da profonde resistenze.

a) Intanto, un punto fermo: al nostro civilista si farebbe un gran torto se lo si cogliesse come un giurista chiuso, rinserrato nelle sue tecniche e beato soltanto di conoscere i meandri della legislazione positiva mercé i propri strumenti esegetici. Il perenne tratto distintivo di Polacco è, al contrario, la sua disponibilità. Sensibilità, quindi, ha il primo contenuto di apertura a quanto sta dietro il diritto; quindi, innanzi tutto, apertura alla dimensione culturale del diritto. Per lui, se v'è un'immagine deteriore di giurista da tentar di rimuovere con tutte le forze, anche se purtroppo tanto dannosamente calata nella coscienza comune, è quella del formalista nei due aspetti parimenti negativi del causidico ingarbugliante e del puro loico. Com-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

battendo, in un saggio coraggioso del '94, le estenuanti divisioni della colpa proprie della tradizione scolastica in *latissima*, *lata* e *levis*, egli dichiarava infatti programmaticamente di combattere, prima di una soluzione tecnica specifica, un generale atteggiamento patologico — o comunque sforzato — del giurista rappresentato da «le sottigliezze dei casisti e la rigidità dei sistematici» (6).

Impressiva dovette essere su di lui la lezione del suo maestro patavino Luigi Bellavite, un pensatore solitario e appartato che ebbe un ruolo di grossa rilevanza pel rinnovamento degli studi civilistici dopo gli anni Sessanta (7); giurista universalmente dimenticato ma non dimenticabile, e basterebbe — per rendersene conto — vincere la ripugnanza che suscitano i suoi tipograficamente squallidi fascicoli didattici umiliati sotto intitolazioni riduttive esaltanti la loro esclusiva destinazione studentesca (8), basterebbe arrivare ai contenuti e si apprezzerebbe allora pienamente la solidità delle costruzioni apprese dalla familiarità coi tedeschi (9) e, insieme, l'attrezzatura autenticamente filosofica palesata anche da una non equivoca terminologia (10). Dal Bellative, romanista e civilista (11), traduttore del *Geist* jhe-

(6) *La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano*, in *Atti e Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti in Padova*, X (1984), princ.

(7) Il Bellavite, nato a Verona nel 1821, è dal 1861 titolare della cattedra di Diritto civile nella Facoltà giuridica patavina dopo avervi ricoperto quella di Diritto romano. Si spengerà a Padova nel 1885.

(8) Ci riferiamo alla preziosa *Riproduzione delle note già litografate di Diritto civile soltanto per l'indirizzo dei giovani studenti*, Padova, Sacchetto, 1873, e alle *Note illustrative e critiche al Codice civile del Regno*, Padova, Sacchetto, 1875.

(9) Uno dei meriti storici di Bellavite nell'itinerario della civilistica italiana è la sua opera pionieristica nell'avvertire un preciso disagio per l'andazzo passivamente esegetico e nel reclamare una dimensione costruttiva nel lavoro del giuscivilista. Decisivo fu l'influsso dei maestri tedeschi, che egli contribuì non poco a far circolare — fra i primi — in Italia come necessario supporto del rinnovamento metodologico del giurista.

(10) Per un esempio di ispirazione prettamente filosofica e di uso disinvolto di linguaggio e concetti specificamente filosofici, vedi quanto si è fatto notare a suo tempo, sul terreno dei diritti reali, in P. Grossi, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, V/VI (1976/77).

(11) Ricorda Polacco, nella sua biografia intellettuale di Bellavite, che dal 1879, anno in cui accanto alla cattedra di Diritto civile egli ebbe anche l'incarico di Pandette, «da allora le lezioni dell'una e dell'altra scienza si fusero talmente da non poterle il più delle volte distinguere, tant'era il corredo di sapienza romana onde il Maestro illustrava le disposizioni del diritto vigente, tanto frequente il raffronto con le disposizioni del diritto vigente nell'esporre i dettati della romana sapienza» (V. Polacco. *Luigi Bellavite*, ora

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ringhiano e postillatore del *System* savigniano ([12]), Polacco apprese una degnità che non lo lascerà mai: che il diritto è sì regola e sistema, ma affonda — al di sotto delle sue tecniche — in «concetti razionali» che solo una osservazione filosofica e strumenti di riflessione filosofica possono fissare e chiarire ([13]); che esso è, nei suoi punti nodali, «il riflesso dei problemi eterni d'alta filosofia a cui non potrà mai sottrarsi una disciplina morale come la nostra» ([14]). Egli sa benissimo di non essere professionalmente un filosofo come invece — beati loro— sono i suoi colleghi civilisti Gabba e Filomusi-Guelfi ([15]); sa di essere soltanto un giurista con il suo strumentario limitato; ma questa coscienza non gli impedisce, anche se all'insegna della più sincera umiltà ([16]), di guardare e saccheggiare in un terreno situato più in là del diritto. E quando, quasi alla fine del suo lungo itinerario di vita, avrà il cómpito di pronunciare la commemorazione di Filo-

---

in *Opere minori* — Parte II — *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850* — Fasc. I, Modena, Università degli Studi, 1929, p. 47 (è la commemorazione tenuta a Padova nell'85 e pubblicata nel vol. XXV dello «Archivio giuridico»).

([12]) Con varii saggi, ma soprattutto con la *Succinta esposizione della dottrina di Savigny sul diritto internazionale privato e sulla non retroattività della legge*, in *Giornale per le scienze politico-legali*, I (1850) «ond'egli diede per il primo veste italiana ad una parte del *Sistema* del Savigny, mediante un'esposizione succinta delle teorie di quel sommo intorno ai conflitti delle leggi nello spazio e nel tempo» (POLACCO, *Luigi Bellavite*, p. 44).

([13]) V. POLACCO, *Francesco Filomusi-Guelfi* (1923), ora in *Opere minori* — Parte II — *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850* — Fasc. II, Modena, Università degli Studi, 1929. p. 63.

([14]) *Le cabale del mondo legale*, pp. 63-64, dove la disputa sulla nozione di persona giuridica viene ricondotta a «l'antico e pur sempre vivo dissidio fra nominalismo e realismo», dove il problema giuridico del caso fortuito trova lume nella nozione filosofica di caso, dove i problemi novissimi suscitati anche nella pratica da quella realtà affatto nuova che è l'elettricità attingono chiarimenti dalle riflessioni filosofiche su concetti fondamentali come cosa, materia, energia, forza. La filosofia è veramente, agli occhi di Polacco, «scienza delle scienze» (*ibidem*, p. 65).

([15]) Sia Gabba che Filomusi insegnano per lunghi anni, come titolari, rispettivamente a Pisa e a Roma, anche la Filosofia del diritto.

([16]) Si leggano le parole di scusa che egli, *inter vere philosophantes minimus*, rivolge ai *vere philosophantes* nella sua prolusione romana del '18 (cfr. *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in *Opere minori* — Parte II — Fasc. II, cit., p. 10). Ma si constati pure come, per capire a fondo Filomusi-Guelfi di cui redige un esemplare ricordo, egli maneggi disinvoltamente i messaggi filosofici di Hegel e di Vico, degli hegeliani napoletani, di Augusto Vera, di Bertrando Spaventa (*Francesco Filomusi-Guelfi*, pp. 51-62).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

musi, suo predecessore sulla cattedra romana, personalità da lui tanto distante, il discorso diventa elogio incondizionato proprio nel profilo della duplice dimensione filomusiana di civilista e di filosofo del diritto ([17]), per la conseguente capacità del giurista abruzzese di aver potuto e saputo cogliere meglio di altri con felicità di sguardo le fondazioni al di là delle forme.

Fondazioni però non soltanto teoretiche ma assommantisi ne «le fonti razionali e la genesi storica» ([18]); fondazioni che sono radici, che non allignano in un cielo vuoto e lontano, ma sul terreno concreto della storia dove le intelaiature speculative divengono realtà vitale: «è così veramente che noi sfuggiremo alla taccia di un vaporoso e sterile vaniloquio, perché, tenendoci costantemente in contatto con la storia, ai principii guarderemo non con l'astrazione di quel filosofo antico che, tutto assorto nella contemplazione dei cieli, precipitò nel fossato, ma con l'occhio acuto del navigante che regola dietro le stelle il suo corso» ([19]). Storia vuole dire soprattutto rifiuto di un presente senza radici ([20]) e individuazione di radici del presente ([21]), quella storia di radicazioni giuridiche complesse — romaniche, germaniche, canoniche — cui l'avevano abituato maestri amati e ammirati come il Pertile e lo Schupfer ([22]), ma significa in primo luogo richiamarsi al diritto romano. Le sottili persuasioni del «ro-

([17]) *Francesco Filomusi-Guelfi*, p. 61. Si veda anche il preciso riferimento al Filomusi civilista-filosofo (e al benefico scambio di apporti tra filosofia del diritto e diritto civile coltivati dallo stesso personaggio).

([18]) *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile* (1884), ora in *Opere minori* — Parte II — Fasc. I, cit., p. 5.

([19]) *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 7.

([20]) Per Polacco, che è estremamente sensibile al fascino di suggestioni nazionalistiche, la storia ha anche una precisa funzione in questa specifica direzione, giacché «ogni richiamo alla indagine storica delle patrie istituzioni giuridiche segna pur sempre un passo notevole nello sviluppo della coscienza nazionale» (*Commemorazione di Antonio Pertile*, in *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, t. LV (1896/97), p. 671).

([21]) E si respinge l'idea che la storia indipensabile al civilista possa essere «una galleria di pezzi archeologici, sia pure preziosi, anziché una raccolta di materiali, utili alla costruzione del moderno edificio scientifico» (*Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 12).

([22]) Lo confesserà nella sua *Commemorazione di Antonio Pertile*: «io non so concepire lo storico del diritto, in ispecie del nostro, che non sia ad un tempo buon canonista» (p. 679); «la conoscenza del diritto germanico è oggi di fatto necessaria per la illustrazione del diritto vigente» (p. 678).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

manista» Bellavite e quelle ancor più sottili dei grandi pandettisti che ha studiato con amore e conosce alla perfezione condizionano il pluralismo culturale di Polacco; non v'è dubbio che egli rispetta ed apprezza la ricchezza del passato nella sua complessità, ma non v'è ugualmente dubbio che il messaggio «classico» subisce una assolutizzazione; e tra la ridda delle forze storiche relative si profila il modello [23]; e quando gli capita fra mano il primo *Entwurf* di un Codice civile del *Reich*, la prima tentazione è di vedere quanto di «romano» sia rimasto nelle bozze dei 2164 paragrafi, e il sentimento conclusivo è di compiacimento nel constatarne un influsso prevalente [24].

La scienza giuridica di Polacco è, dunque, certamente qualcosa di ben distante da un'entità fumosa od eterea, anzi radicatissima; solo che è munita, per così dire, di doppie radici: verso il basso, ed è il territorio né sopprimibile né riducibile della storia; verso l'alto, ed è il cielo assoluto ma concretissimo dei supremi principii morali. Dietro Unger [25] non esita a vedere nella prediletta «parte generale», nell'indispensabile reticolato fondante di «principî e nozioni fondamentali» e di «teorie generali», niente più che «l'atmosfera spirituale, nella quale si agitano gli istituti giuridici» [26]. E il respiro culturale, che è un carattere perenne dell'approccio polacchiano al diritto, diventa un'apertura che si apre e sfocia a un più alto livello.

b) Una seconda costante può e deve essere individuata e definita:

[23] «non può addirittura non essere romanistico *il* sistema» (*Il diritto romano nel progetto di Codice Civile germanico* (1889), ora in *Opere minori* — Parte I, cit., p. 11) (il corsivo nella citazione è nostro). E, dietro il Kuntze, ripete volentieri che l'obbligazione «è una creazione propria del genio romano» (*ibidem*, p. 15), una volta per tutte.

[24] Nel saggio citato alla nota precedente. Dove emerge tuttavia una padronanza perfetta anche degli istituti della tradizione germanica e germanistica (come, per esempio, quando parla (p. 18) dei concetti di *Besitz* e di *Inhabung* tenuti rigorosamente distinti nel progetto) e dove, accanto a qualche incomprensione per le soluzioni del pianeta giuridico germanico (vedi un cenno eloquente a p. 9 sulla indistinzione fra azioni personali e reali, e a p. 26 sulla «nebulosità» degli schemi giuridici della *Genossenschaft* e della *gesammte Hand*), sono elencate una minuziosa serie di critiche ad atti di ossequio verso la tradizione romanistica non più giustificabili alla fine del secolo XIX (soprattutto pp. 19-20 e 24).

[25] Il grande giureconsulto austriaco è con Jhering uno dei mentori più seguìti da Polacco, e il monumentale «System des oesterreichischen Privatrechts» rappresenta un breviario da mettere accanto agli «Jahrbücher für die Dogmatik» e al «Geist».

[26] *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'idea — ripetuta con parossistica fedeltà dalla prima prelezione del giovane venticinquenne [27] a quello che sembra essere stato l'ultimo ampio intervento in Senato [28] — che nell'ordine giuridico, accanto al diritto mutevole della nostra vita quotidiana, sussistono «principî di un ordine elevatissimo» [29], «taluni assoluti principî così del diritto come della morale» [30], «qualche cosa di eterno nel diritto» [31], un insieme cioè di «idealità» [32] che funge da fisso e stabile punto orientatore di riferimento.

In proposito, Polacco, per temperamento — come si vedrà — incline alla cautela e alla mediazione, non teme le affermazioni icastiche e gli atteggiamenti coraggiosi. E coraggio ci voleva, in una cultura dominata da un variegatissimo ma deciso positivismo, a respingere fin dai primi anni Ottanta la diffusissima febbre «darwinistica» [33] dove l'unico assoluto pareva essere il materialistico condizionamento ai fenomeni biologici, a proclamare la propria «adesione alla

---

[27] È la già citata *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, del 1884.

[28] È l'elevato discorso *Per la libertà di coscienza e la tutela delle minoranze religiose* pronunciato nella tornata del 7 febbraio 1925 nella discussione del bilancio della istruzione pubblica per l'esercizio 1924/25, Roma, tip. del Senato, 1925.

[29] *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 16.

[30] «sin dal principio della mia qualsiasi vita scientifica affermai recisa fede in taluni assoluti principî così del Diritto come della Morale, che sussisterebbero, io diceva, anche se mai non fossero stati avvertiti e praticati dall'uomo, simili a certe forze della natura esistite ognora ed operanti ancor prima che l'uomo giungesse a scovrirle, non mutevoli ma sempre uguali a se stesse, anche se ne variarono, col variare dei luoghi e dei tempi, la comprensione e l'apprezzamento. Rimasto fedele dopo tanti anni a cotali principî...» (*La «Filosofia del diritto» di Vincenzo Lilla*, in *Atti e Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti in Padova*, anno CCCLXII, N.S. XIX (1902-03), p. 226).

[31] Sia consentito, anche questa volta, riportare per esteso l'eloquente testo polacchiano: «l'animo si allieta per la sicura affermazione di una idea madre, l'idea di Diritto e di Giustizia, che torna così a rivelarsi nella sua universalità. Ed io particolarmente me ne compiaccio, che sempre ad essa ho guardato come a faro inestinguibile nel procelloso mare della vita, ribellandomi con tutte le mie forze ad una certa corrente pseudo-realistica, che dalle mutevoli vicende delle istituzioni giuridiche nel corso dei secoli e dal continuo variare dell'assetto sociale conclude alla negazione di qualche cosa di eterno nel Diritto, tutto riducendovi a serie di fenomeni contingenti» (*La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 8).

[32] Vedi, per esempio, le monotone ripetizioni della *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, pp. 16-17.

[33] *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, pp. 13-15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scuola spiritualista» [34] e ad autoqualificarsi uno spiritualista impenitente [35], a non esitare a richiamarsi con provocatoria franchezza al diritto naturale e al giusnaturalismo in un momento in cui tali richiami formavano ben spesso, nello scientismo imperante fra Ottocento e Novecento, oggetto di facile ironia [36]. Ma v'è di più: questo diritto naturale, che, se assunto nella diffusa accezione della tradizione postilluministica, avrebbe potuto costituire una accettabile risposta alle inquietudini filosofiche sempre restando su un piano di analisi razionale, questo diritto naturale è invece assai più simile a quello della tradizione cristiana nel momento in cui si differenzia profondamente da «quella concezione atomistica, che, prendendo le mosse dall'individuo configurato a priori come tipo immutabile, costruiva la mitologia... dello stato di natura e del contratto sociale» [37].

La dimensione religiosa è in Polacco fortissima [38], ed è pertanto uno dei più penetranti strumenti di comprensione della sua complessa personalità, che non tralascia mai di esserne intrisa: si pensi alla ripetuta [39] battaglia contro il divorzio (che non è certo il solo giurista

---

[34] *Contro il divorzio* - Lezione tenuta il 2 maggio 1892 nella R. Università di Padova, Padova Drucker, 1892, p. 12.

[35] «Sono spiritualista troppo impenitente...» (*Per la libertà di coscienza e la tutela delle minoranze religiose* (1925), p. 4 (dell'estratto).

[36] «Se a tale altezza non giungono le leggi dello Stato, un'altra legge vi giunge, e quella che vi giunge si terrà sempre al disopra di loro» (*Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile* (1884), p. 17; *La scuola di diritto civile nell'ora presente* (1918), p. 9).

[37] *Commemorazione di Antonio Pertile*, pp. 683-84 (dove è rimarchevole la ripetuta citazione di Igino Petrone e di Icilio Vanni come punti di riferimento speculativo per Polacco, due personaggi esprimenti una rimeditazione in chiave storicistica — rispettivamente — dell'idealismo e del positivismo). Un pari pensiero egli ribadisce più tardi nella commemorazione del «filosofo» Filomusi-Guelfi, riferendosi al «vieto concetto del Diritto naturale desunto da un fantastico originario stato di natura e culminante nel più atomistico degli individualismi e nel contrattualismo assunto a base della Società e dello Stato (*Francesco Filomusi-Guelfi*, p. 55).

[38] Le citazioni dovrebbero essere numerosissime. Esemplare, questa, contenuta ne *La funzione sociale della legislazione civile* (1885), ora in *Opere minori*, Parte II — Fasc. I, cit., p. 30: «Una cosa sola io riconosco ed è che ai ben pensanti incombe di tenerlo desto questo principio religioso, che nella grande generalità esiste pure, in onta alle clamorose negazioni della nuova scuola, e nel quale io ravviso, meglio che nelle leggi, la più salda àncora di sicurezza contro l'uragano che ne minaccia».

[39] Il libello *Contro il divorzio*, edito da Drucker nel 1892, ebbe una seconda edizione nel 1902 (che è stata, di recente, nel 1970, ristampata anastaticamente, con una premessa di Alberto Trabucchi, dalla Cedam di Padova).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a combattere, ma che più degli altri combatte su questo piano); si pensi alle sue attente e minuziose biografie intellettuali di giuristi — da quelle risalenti dei suoi maestri Bellavite e Pertile e del filosofo Vincenzo Lilla a quelle più tarde di Giacomo Venezian, di Carlo Francesco Gabba, di Francesco Filomusi-Guelfi —, dove sempre sorprende lo spazio financo eccessivo concesso alla adesione fideistica del commemorato e la minuzia con cui si segue nella vita la ricerca religiosa sottolineandola come virtù somma «nell'odierna fungaia di frolle coscienze»([40]); si pensi al rispetto che lui, israelita, per sua fortuna assai distaccato dall'idea perniciosa del popolo eletto, ha portato per manifestazioni anche pesantemente confessionistiche della presenza cattolica nelle scuole italiane ([41]), o alla sua ripugnanza per l'anticlericalismo diffuso ([42]), o alle sue riserve circa la ferma adesione di Gabba al principio della precedenza obbligatoria del matrimonio civile rispetto a quello religioso ([43]).

Spirito religiosissimo ma laicissimo, deve probabilmente a questo suo connaturato atteggiamento l'esigenza puntigliosa di separare il sacro dal profano, la percezione di un nucleo inattaccabile in mezzo e accanto a un universo storico in movimento, ma anche la diversità e l'autonomia dei piani su cui si ponevano (fatta salva l'influenza orientatrice del primo in zone rilevanti e delicate del secondo), coscienza lucida di un assoluto che diventa però subito rispetto (e attenzione) verso il relativo, traducendosi la forte consapevolezza del primo in altrettanto forte consapevolezza del secondo. Per di più, ri-

([40]) La frase è tratta dalla *Commemorazione di Antonio Pertile*, p. 687. Per Bellavite, cfr. *Luigi Bellavite*, pp. 58-60; per Vincenzo Lilla, cfr. *La «Filosofia del diritto» di Vincenzo Lilla*, p. 226; per Venezian, cfr. *Giacomo Venezian*, in *Opere minori* — Parte II — Fasc. II, cit., soprattutto p. 41; per Filomusi, cfr. *Francesco Filomusi-Guelfi*, pp. 56-57.

([41]) Di fronte al progetto del Ministro Pietro Fedele che consentiva una dominanza cattolica nella scuola, in un coraggioso discorso in Senato, dichiarava il suo «alto rispetto» per questa soluzione pur così unilaterale e coartante del problema dell'educazione religiosa nelle scuole di Stato, e ne traeva occasione per esprimere il fondato timore di contraccolpi antireligiosi, cogliendo il fatto «come un esempio in più di quel fenomeno per cui il pendolo, spinto a forza verso un dato estremo, non appena lasciato libero, non si arresta al centro ma corre subito all'estremo opposto» (*Per la libertà di coscienza e la tutela delle minoranze religiose*, p. 5, dell'estratto).

([42]) Per un esempio, cfr. *Le cabale del mondo legale*, p. 54.

([43]) Nell'àmbito di un problema allora dibattutissimo e spesso venato da umori agrissimi in un senso o in un altro. Per il riferimento a Gabba, cfr. *Carlo Francesco Gabba*, p. 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pugnanza a maneggiare il mondo dei soggetti di diritto come un museo statuario di individui astratti o, se vogliamo, di semplici modelli puri: che è il mondo destoricizzato della finzione scenica illuministica.

c) Questo vale a spiegare la complessità di Polacco e a introdurci su un'altra costante meritevole di essere sottolineata ma che, liminalmente e apparentemente, può sembrare un segno di contraddizione: sensibilità per il mutamento e, strettamente connessa, sensibilità per il sociale.

Non è segno di contraddizione, perché il soggetto di cui il civilista patavino si occupa non è l'uomo illuministico, microcosmo isolato, essenzialmente individuo, agente in un paesaggio prestorico. Il suo uomo ha addosso carne ed ossa ed è ben a fondo calato nel tempo e nello spazio; è pertanto carico di storia come di vizi e di virtù, e — quel che più conta — è ben inserito nel sociale. L'esame cronologico delle più significative testimonianze di Polacco con il suo inevitabile sguardo comparativo avrà tra breve il compito di dare efficacemente corpo e voce a un tale rilievo, ma conviene ora anticiparlo nel rapido inventario che si sta redigendo, giacché siamo qui di fronte ad una delle più espressive e caratteriali costanti della sua opera.

Il sentimento della mutazione è una croce e un'ancora di salvataggio che non lo abbandoneranno mai: da quando, ventiseienne, nella sua prima prelezione da docente autonomo fuori del familiare ambiente patavino ([44]), esordiva esclamando: «diamo un'occhiata alla storia» e proseguiva con una presa di coscienza storicistica che è, al tempo stesso, la fissazione d'una regola metodica: «l'età nostra, età di transizione e non altro» ([45]); a quando, sul finire del primo decennio di questo secolo, contemplando i nuovi assestamenti sociali ed economici e la proliferazione delle leggi speciali, denunciava senza sfumature «le cabale del mondo legale» e insisteva sull'esigenza della armonizzazione tra regola giuridica e rinnovate condizioni della società ([46]); a quando, a guerra appena terminata, scansa la scelta di riposati e riposanti temi dommatici per la sua prolusione romana, e preferisce interrogarsi pubblicamente su un presente così gremito

([44]) Quando inaugura il suo insegnamento presso l'Università di Camerino (cfr. più sotto).

([45]) *La funzione sociale della legislazione civile*, pp. 21 e 22.

([46]) *Le cabale del mondo legale*, p. 42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di insicurezze ma anche di futuri sviluppi nella consapevolezza — morale prima ancora che intellettuale — che nemmeno «l'insegnante di quella tra le discipline giuridiche che ha titoli di nobiltà antichi e vanta da secoli il nome di ragion civile, si sente più sicuro degli altri di non vederne scosse le fondamenta ed i cardini dalla marea che tutto incalza e travolge» ([47]).

Accanto e immediatamente dietro al sentimento della mutazione, e assolutamente conseguenti, la necessità dell'adeguamento e il rischio di non conseguirlo, l'uno e l'altra percepiti a un preciso livello etico più che politico, nel cuore del *Beruf* del giurista; e, soprattutto, un negativo da evitare a ogni costo, quello che — nel secondo dopoguerra — un altro non dimenticabile civilista sensibilissimo al mutamento, Georges Ripert, avrebbe chiamato il vero e scandaloso «déclin du droit» ([48]). Affiora perennemente la dialettica fra due contrarii, l'uno e l'altro da schivare accuratamente: ciò che, nell'84, è la contrapposizione fra «il pericoloso fascino» di «certe costruzioni giuridiche, speciose... cresimate da inveterato consenso della scuola e del fôro» e «l'andazzo... di tutto sottoporre a disamina per iscuotere con vantata novità di vedute quanto la scienza ci ha fin qui tramandato» ([49]), diventa, nel 1908, l'opposizione fra «le creazioni arbitrarie e i detriti storici» ([50]), ambedue «elementi perturbatori» ([51]) — anche se di segno contrario — proprio perché compromettono la storicità del giuridico, ambedue antistorici anche se, da un lato, si corre con troppa fretta e, dall'altro, con troppa pigrizia non si vuol compiere un passo innanzi. Terminologie diverse per esprimere l'identica convinzione che il diritto è dimensione della vita, per ribadire la «sua vera essenza, non già di artificioso meccanismo, ma di organismo animato» ([52]).

È ovvio che, inscindibilmente connesso a questa realtà vitale di cui si coglie la storicità trascurando le infatuazioni biologistiche, emerga un fascio di contrassegni storici taluni fisiologici e talaltri patologici. Gli individui-modello e modelli di individuo, calati dai loro

---

([47]) *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 1.

([48]) G. Ripert, *Le déclin du droit-Etudes sur la législation contemporaine*, Paris, Pichon, 1949.

([49]) *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 10.

([50]) *Le cabale del mondo legale*, p. 46.

([51]) Loc. ult. cit.

([52]) *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stalli illuministici, sono anche sorpresi come donne e uomini, malati e minorenni, ricchi e poveri, padroni e lavoratori, carichi cioè dei loro attributi positivi e negativi di vita quotidiana. È comprensibile, allora, che «l'età di transizione» riveli ed esalti al giurista che la guarda con occhi esigenti il problema della «questione sociale» (53), e che l'urgenza d'un siffatto enorme problema un altro ne generi, immediato, per l'ordine giuridico, e cioè la coerenza al divenire in movimento, e cioè il complicarsi della generica e semplicissima regola codificata (costruita a misura dell'individuo-modello) in un sistema costellatorio di fonti legislative con una proliferazione crescente di leggi speciali integranti e lentamente svuotanti l'effettività della norma-madre unitaria; Polacco è infatti uno dei civilisti italiani che, malgrado la sua estraneità al positivismo socialeggiante della frangia più estrema dei neoterici, più sente l'assillo d'una versione giuridica della «questione sociale» e delle nuove leggi speciali.

Se lo si contempla, lui che ha in uggia tutti i positivismi sociologismi e darwinismi imperversanti, sedere fra i costanti «collaboratori ordinari» dell'unico foglio veramente progettuale dei civilisti eretici che è «La scienza del diritto privato» (54); se egli dedica (e vedremo in quale direzione) la sua prima prelezione autonoma a «la funzione sociale della legislazione civile» (55); se è il primo civilista italiano a elevare una ferma, motivata, organica deplorazione su «l'ibrida unione della locazione di cose con quella cosidetta di opere sotto il comune concetto di locazione in genere», giacché «non è chi non vegga quanto sia repugnante all'umana dignità il pareggiare il profitto che si ritrae dall'attività di un uomo al godimento che possiamo fare di un oggetto» (56); se è il primo civilista italiano a combattere e a demolire come sottigliezza giuridica tralatizia ma socialmente e cul-

(53) «la questione sociale oggidì ci si impone, grave, poderosa, impreteribile» (*La funzione sociale della legislazione civile*, p. 22). Ma è questo tutto il tema della prelezione camerte.

(54) È la — da noi già citata — Rivista fiorentina di Tortori e D'Aguanno, vitale dal 1893 al 1896, manifesto d'una civilistica che, guardando con soggezione alla scienza madre sociologica ecletticamente intesa in chiave storicistica e naturalistica insieme, vuol costruire il «codice privato sociale». Per maggiori riferimenti, si veda GROSSI, «*La scienza del diritto privato*», cit., passim.

(55) È la prelezione camerte dell'85, già tante volte citata.

(56) V. POLACCO, *Appunti sulle locazioni (in ispecie sui Cap. I, II, III del Tit. IX, Lib. III del Cod. civ. del Regno*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV (1887), p. 409.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

turalmente immotivata la tripartizione dalla colpa in lata, lieve e lievissima ([57]); se dimostra attenzione, disponibilità e un relativo coraggio sul tema della estensione alle donne della capacità di fungere da arbitri in base alla legge speciale sui probiviri del 1893 ([58]) e sulla estensione della obbligazione alimentare per gli inabili al lavoro ([59]), tutto ciò non desta sorpresa dopo quanto s'è detto. Esigenze filosofiche, consapevolezze storicistiche, certezze etico-religiose, sensibilità sociali possono essere espressioni non antinomiche d'uno stesso personaggio, certamente complesso e dalla figura certamente assai sfaccettata; pur con tutte le sue sfaccettature, l'unità del personaggio è ricomponibile.

d) Chi avesse letto, prima di queste pagine, le recenti affermazioni — da me fatte in occasione di due precedenti e recenti esperienze di studio intorno al civilista patavino — di un Polacco che nutre in sé plagi tenaci della cultura giusnaturalista ([60]) e che mostra «una fondazione di pensiero rigidamente legalista e codicistica» ([61]), sarebbe legittimato a pensare o a una sua schizofrenia o a un mio brusco mutamento d'opinione; e non sarebbe veritiera né l'una né l'altra ipotesi.

Una prima necessaria precisazione è che, mentre nel presente contributo l'attenzione è sulla vicenda polacchiana nella sua interezza, i due precedenti mettevano a fuoco soltanto segmenti ridotti di quel lungo itinerario scientifico; senza contare che, di quei segmenti l'uno — concernente soprattutto le prime prelezioni — conteneva una polemica serrata contro il darwinismo giuridico alla Vadalà-Papale e contro la spasmodica idea di «codice privato sociale» ([62]), il secondo — concernente un episodio specifico e limitato — appunta-

---

([57]) *La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano*, cit.

([58]) *La nuova legge sui probi-viri con particolare riguardo alla capacità giuridica della donna e dei minorenni*, in *Monitore dei tribunali*, XXXIV (1893), p. 721.

([59]) V. POLACCO, *Gli inabili al lavoro e l'obbligazione alimentare fra congiunti*, in *La scienza del diritto privato*, I (1893), p. 167.

([60]) GROSSI, «*La scienza del diritto privato*», cit., p. 42.

([61]) Così scrivevo, or non è molto, nel saggio destinato ad analizzare i termini di una vivace polemica con Vincenzo Simoncelli. Cfr. *Interpretazione ed esegesi* (*Anno 1890 - Polacco versus Simoncelli*), cit.

([62]) Per chi volesse saperne di più, cfr. GROSSI, «*La scienza del diritto privato*», cit., p. 15 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

va polemicamente i suoi strali contro certe disinvolte affermazioni del Simoncelli in tema di interpretazione della legge ([63]).

Nei tempi lunghi e nel complesso di una ricca consecuzione dei materiali le puntualizzazioni polemiche e le precisazioni rigide ad esse conseguenti si diluiscono, e il personaggio e il suo messaggio si misurano piuttosto sull'ampiezza dell'arco, dove procedono arricchimenti e inserimenti culturali, ripensamenti e accettazione di fatti nuovi. Nell'ampiezza a tutto campo dell'arco le affermazioni legalistiche e filocodicistiche restano, ma perdono di virulenza e di assolutezza, appaiono quello che sono: punto d'una linea, ma soprattutto si giustificano entro la cornice di un ulteriore atteggiamento caratteriale di Polacco, talmente caratteriale da poter essere assunto a costante del suo pensiero.

Si potrà continuare a parlare di complessità, si potrà dire che questa complessità è segnata sul piano sincronico anche da incoerenze, ma qui ci si dovrà arrestare. Più sopra abbiam parlato di relativo coraggio, e la frase sarà parsa al lettore un po' sibillina, ma si deve riprenderla qui, per avere una chiave fondamentale di comprensione. Certamente, Polacco è lo spiritualista convinto, il giurista dotato di non comune sensibilità culturale e sociale; certamente queste doti sono presenti sin dall'inizio, anche se diventano assai più rilevanti con la pienezza della maturità sì che l'itinerario del giurista è da vedersi ascensionale anziché piatto; certamente, in grazia di queste doti è in grado di scorgere spessori che l'esegeta non coglie e portare avanti anche intuizioni coraggiose (si pensi alla sua riflessione sul genere contrattuale *locatio — conductio*), ma sempre questo coraggio sarà mitigato in lui dalla virtù (vizio?) della prudenza.

«Nec timide nec temere» scriverà chiudendo la significativa prelezione romana del '18 ([64]) e proponendoci una insegna che avremmo potuto utilizzare proficuamente per intitolare questo saggio, se non ci avesse rattenuto la desolante constatazione di un mondo in cui nemmeno i preti cattolici conoscono più l'abbecedario latino. Meno preziosamente ma con pari efficacia il significato della insegna è espresso da quel «coraggio della moderazione», che campeggia nel nostro titolo e che appartiene al frasario della stessa prele-

([63]) GROSSI, *Interpretazione ed esegesi*, cit.

([64]) *La scuola di diritto civile nell'età presente*, p. 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione romana ([65]). Un coraggio relativo, sempre condito dalla prudenza, un coraggio che il naturale sentimento di equilibrio fa sovente apparire allo stesso giurista come temerarietà; e un filo continuo lega la «temperanza di vedute» di cui parla nella prelezione camerte dell'85 ([66]) al buonsenso invocato nella prelezione del '18 ([67]). È il buon senso a cementare il suo legalismo e a portarlo ad avversare il nuovo verbo giusliberistico, perché è il buon senso ad avvertirlo che si stava toccando e incrinando la colonna portante non solo dell'edificio tecnico-giuridico ma dello stesso edificio costituzionale; e per Polacco *oportet ut scandala non eveniant*.

Il segreto di Polacco è qui, è qui la sua cifra: presentimenti, intuizioni, percezioni, disponibilità ma sempre frenati dal fastidio per gli eccessi, per le novazioni brusche, per le operazioni di rottura. Se è forse eccessivo parlar di plagio, come ci è capitato di fare, v'è in lui un peso rilevante della tradizione, e un convivere singolare di appetiti e resistenze, nonché una sua perenne tensione a mediare. Più evidente nel primo Polacco, quello degli anni Ottanta e Novanta su cui si erano incentrate le nostre precedenti indagini, una diagnosi siffatta deve continuare anche per il civilista che accompagna le trasformazioni del nuovo secolo con uno sguardo disponibile e sensibile, che abbandona certe dommatiche, che rivede con probità intellettuale a tutta prova il proprio bagaglio consolidato. Sempre la sua divisa sarà un coraggio moderato, quando non è addirittura, nella rissa incomposta delle novità grossolane, il coraggio della moderazione.

3. Nel giro di due soli mesi, tra fine '84 e inizio '85 Polacco pronuncia ben due prelezioni, ma situate su piani diversi e con scopi profondamente diversi; questo giustifica anche la varietà di messaggio che dalla stessa voce proviene in un pressoché identico momento.

La «Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile» letta nella Università di Padova il 26 novembre 1884 ([68]) si identifica soprattutto nella esposizione di un programma didattico, anche se sembra doveroso aggiungere che, in un docente autenticamente universitario come Vittorio Polacco, l'insegnante non è mai separabile

([65]) *Ibidem*, p. 11.

([66]) *La funzione sociale della legislazione civile*, p. 29.

([67]) *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 18.

([68]) Padova, tip. del Seminario, 1885 (ora in *Opere minori* — P. II, Fasc. I, cit.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dallo scienziato che dà vitalità e inconfondibilità alla lezione. Il problema è quello di dare un volto alle «Istituzioni di diritto civile», una disciplina oggi felicemente presente in ogni piano di studi di Facoltà giuridica ma, in quel tempo, ancora infrequente anche se da molti auspicata quale necessaria integrazione del «Diritto civile».

Tre anni prima se ne era occupato, sulle pagine dell'«Archivio giuridico», il romanista Brini con una proposta assai elaborata e originale ([69]), ed è rispetto a questa che il progetto polacchiano vuole esplicitamente confrontarsi ([70]) e anche differenziarsi. L'esigenza prima di un simile corso istituzionale autonomo risiede nella insoddisfazione verso il diffuso esperimento di «istituzioni di diritto romano comparato col diritto civile patrio» di cui Filippo Serafini aveva dato già nel '58, con la prima edizione del suo «manuale», un modello fortunatissimo. Culturalmente significative le ragioni del rifiuto da parte del Nostro: percezione della antistoricità dell'accostamento di «due anelli isolati» e delle possibili conseguenze «funeste» nella psicologia d'un giovane discente che rischia di persuadersi della intima artificiosità dell'ordine giuridico ([71]); percezione della incapacità di poter trovare «nel diritto del Lazio» tutte le linee e tutti i principii necessari alla costruzione di un diritto autenticamente moderno (e si fa l'esempio del diritto internazionale privato, del diritto delle persone, del regime della pubblicità), affermazione così riduttiva da destar sorpresa se constatata su una bocca bellavitianamente apologetica del diritto romano ([72]).

Tutto dovrà essere all'insegna del buonsenso, di quella virtù somma per Polacco che è la moderazione: né eccessiva «smania del

---

([69]) G. Brini, *Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano — Introduzione e programma*, in *Archivio giuridico*, XXVI (1881).

([70]) Al Brini espressamente si richiama a p. 9.

([71]) A proposito di «questo sistema comparativo» non esita a confessare che «la nuda contrapposizione di questi due anelli isolati ingenererà nelle menti giovanili la funesta opinione che gli istituti giuridici, anziché modificarsi per un necessario processo evolutivo e sotto l'influenza di coefficienti varî nello spazio e nel tempo, siano puramente frutto dell'umano capriccio, che li può modellare quando in una forma e quando in un'altra senza ragione opposta. Invece così le Istituzioni di diritto civile, collocandosi a fianco a quelle di Diritto romano ed alla Storia del diritto, vengono ad integrare la catena e permettono a quei due insegnamenti di restare ciascuno nell'orbita che più particolarmente gli è propria» (*Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 4).

([72]) «... ne rimarrebbero fuori quei molteplici istituti, i quali nel diritto del Lazio o non hanno affatto, od hanno troppo fievole e remoto un riscontro» (*ibidem*, p. 4).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuovo» ([73]), né ripetizione inconsapevole di nozioni caduche ([74]); ricorso alla storia degli istituti ma senza «peccare per eccesso» ([75]); volontà di «trasportare il diritto in mezzo alla vita, sì che balzi fuori nella sua vera essenza, non già di artificioso meccanismo ma di organismo animato» ([76]), però fermamente resistendo «alle seduzioni dell'equità» per un verso ([77]), alle partigianerie e ai dommatismi della «scuola positivista» per l'altro ([78]).

Questi sono i momenti fondanti della prelezione, i perni orientatori del didatta e del suo «corso», sui quali — enunciazioni programmatiche — egli sente il bisogno di parlar chiaro. Polacco liquida spicciativamente (e con qualche inconsapevolezza per la sua reale portata affrancatrice) la dialettica allora vivissima fra «sistema» ed «esegesi» ([79]) e respinge anche come rischioso il progetto di Brini tendente a costruire una architettura al di là delle partizioni del Codice civile ([80]). Con alle spalle gli autorevoli insegnamenti di Muratori e di Scialoja ([81]), fermissimo è il richiamo alla stretta legalità ([82]) fino al punto da non concepire una esposizione che non sia pedissequa del Codice stesso ([83]).

Il suo non è certamente un diritto di pure forme, privo di radici, giacché lo spiritualista Polacco reclama che l'ordine giuridico si ag-

([73]) *Ibidem*, p. 11.

([74]) *Ibidem*, p. 10.

([75]) «peccare per eccesso, considerando lo studio storico e il diritto romano in ispecie non come strumento, ma come fine a se stesso» (*ibidem*, p. 12).

([76]) *Ibidem*, p. 6.

([77]) *Ibidem*, p. 6-7.

([78]) *Ibidem*, p. 13 ss.

([79]) «mi è sempre apparsa tanto oziosa la disputa sulla preferenza da darsi al metodo sistematico od all'esegetico, quanto lo sarebbe il ricercare se valga più nella scienza l'analisi ovvero la sintesi» (*ibidem*, p. 9).

80) Almeno in un «corso» istituzionale «il seguire, così com'è, il Codice parmi preferibile a qualunque fra i tanti riferimenti razionalmente escogitabili ed escogitati in fatto» (*ibidem*, p. 9 ma anche p. 8). È importante «il conoscere il Codice, anche nella sua struttura esteriore, per poco non dissi nella sua topografia» (p. 10).

([81]) Il Muratori, ovviamente, del *pamphlet* «Dei difetti della giurisprudenza» e lo Scialoja della prolusione camerte (1880) «Del diritto positivo e dell'equità»; vedili citati a p. 7.

([82]) Quanto al sistema, «ciò ch'esso domanda non è altro che il rispetto alla legge» (p. 7); il «corso» consisterà dunque «nell'affacciare il testo legislativo... nell'imperativa sua rigidezza» (p. 8); giacché «l'ideale degli ideali in uno Stato retto a liberi ordinamenti è e sarà sempre la stretta, spassionata applicazione della legge» (p. 18).

([83]) Cfr. le citazioni di nota 80.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ganci e si fondi con un ordine superiore. La polemica durissima con i «positivisti» — una polemica volutamente urlata e sottolineata come più non si potrebbe ([84]) — è contro il loro immanentismo, è per il recupero del giuridico a una vita intesa in tutta la complessità delle sue dimensioni, da quella puramente biologica a quella etico-religiosa. E la certezza di fondo è che il nucleo ispiratore di ogni manifestazione giuridica non sta racchiuso nell'ordine positivo ([85]). Ma non si creda che sia questa la strada per far breccia nella legalità e posto all'equità. Al contrario, l'interpretazione e l'applicazione della legge restano rigorosamente «commesse alla mente e non al cuore» ([86]), restano atti di pura conoscenza e non di volontà, e l'accordo con Scialoja è totale quando questi propone come regola costituzionale del diritto moderno l'inversione dei termini e del concetto contenuti nell'antico brocardo secondo cui *ius legislatori, aequitas iudici magis convenit* ([87]). L'equità, che è il regno delle idealità in conflitto con la norma scritta, che è lo straripamento della giustizia nel recinto chiuso dello *strictum ius*, è auspicata e benvenuta purché sia strumento nelle mani del produttore e non dell'interprete-applicatore. E questo, anche se equità può significare permeazione di quei valori religiosi tanto cari al nostro civilista.

L'adesione convinta alla costituzione legalitaria dello Stato moderno di diritto rende Polacco convintissimo di questa suprema e doverosa rinuncia, senza una perplessità: «questa idealità, che con tutta l'anima io invoco a salvezza di non ancora travolti principî, che vagheggio provvida Egeria per chi è chiamato a dettare le leggi, con altrettanta forza io respingo, se pretenda ispirare e dirigere l'interpretazione della legge che già esiste» ([88]). E non esita a condannare certe decisioni giurisprudenziali che, pur affermando idealità a lui care sui temi delicatissimi del prossenetico matrimoniale e della missione propria e specifica della donna, incarnavano ai suoi occhi un

([84]) «a questa scuola io non accordo, valga per nulla, il mio voto», perché «dove non possiamo seguirvi... è nella vostra pretesa, aprioristica, e quindi contraddizione essa stessa di quel metodo di cui vorreste essere zelanti e non siete che malaccorti paladini, la pretesa cioè che quest'esame dei fatti ci conduca poi alle vostre preconcette negazioni» (*ibidem*, pp. 15 e 14).

([85]) Si vedano le ampie considerazioni svolte nelle pp. 13-18.

([86]) *Ibidem*, pp. 6-7.

([87]) *Ibidem*, p. 7.

([88]) *Ibidem*, pp. 17-18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eccesso di poteri e uno strappo alla loro rigida ripartizione fra le potestà dello Stato ([89]).

Accanto a questo atteggiamento, che lo vede perfettamente allineato ai massimi campioni della scuola esegetica ([90]), la sensibilità cuturale e sociale di Polacco affiora invece in maniera limpidissima quando scende a delineare i contenuti sostanziali del «corso» imperniantesi su «taluni concetti fondamentali» ([91]). Fra questi si deve registrare la sottolineatura marcata dal Nostro de «il concetto dell'individualità umana di fronte al diritto, il concetto di stato civile, il concetto dei diritti civili e politici» ([92]) ma soprattutto «la determinazione della natura e funzione giuridica del danaro, ch'è infine il punto a cui mettono capo, sotto qualunque aspetto configurate, tutte le relazioni di diritto patrimoniale» ([93]). Il civilista, attento all'evolversi della dimensione economica della società moderna, distoglie lo sguardo dal fondo rustico, o, comunque, dal bene immobile, espressione tipica della ricchezza di ieri, per incentrarlo su quella ricchezza mobiliare che è ormai il vero sangue della sempre meno stagnante circolazione economica. Significativa la dichiarata utilizzazione di un classico della letteratura giuridica moderna sulla moneta, il saggio pionieristico di Gustav Hartmann ([94]) «Ueber den rech-

([89]) Così in tema di prossenetico, a proposito di un giudicato della Cassazione torinese: «sublime è, per esempio, il concetto che la santità del matrimonio rifugga dall'opera di mercenarie mediazioni, e tale ch'io vorrei vederlo dal legislatore solennemente affermato: ma dirò che esorbitarono dal loro ufficio, e si son fatti legislatori quei giudici che hanno negata all'appoggio di siffatte considerazioni l'efficacia del promesso prossenetico matrimoniale» (*ibidem*, p. 18). Ribadendo, di rincalzo, nella nota: «Ragioni così il legislatore e non il giudice, sancisca egli il divieto, come lo si leggeva al §. 879 del Codice austriaco, e noi saremo interamente con lui». Così in tema di possibilità per la donna di esercizio della avvocatura, sempre a proposito di una sentenza della Cassazione di Torino: «se potrei applaudire per questo al legislatore, che con opportuni divieti riconducesse la donna alla sua più propria missione, non saprei sottoscrivere invece, per quanto emanata dal più autorevole consesso, a quella recente sentenza, che, senza poter invocare un solo testo preciso di legge, si arbitrava sbarrarle la via all'esercizio di un titolo che la legge stessa le aveva consentito di assumere» (*ibidem*, p. 18).

([90]) Per esempio, al Laurent, che aveva recentemente ribadito su una Rivista giuridica italiana la sua posizione rigorista avverso le idee sostenute da un pratico di ingegno non grosso ma di spirito un po' grosso, il Lozzi.

([91]) *Ibidem*, p. 7.

([92]) Loc. ult. cit.

([93]) *Ibidem*, p. 8.

([94]) Gustav Hartmann (1835-1894), dal 1864 professore ordinario a Basel, poi a Freiburg i.Br., Göttingen e Tübingen, ha analizzato i temi principali e più ardui del di-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden» ([95]), saggio valorizzato appieno sia nella ricca analisi storica sia nella coraggiosa costruzione dogmatica dalle successive ricerche del nostro Ascarelli ([96]), in cui si condensava l'altissima capacità della Pandettistica a tener dietro e a corrispondere pienamente alle esigenze di un mondo percorso e diretto oramai da regole capitalistiche.

4. Decisamente su un altro piano si pone la prelezione che Polacco pronuncia il 22 gennaio 1885 per inaugurare il suo «corso» di «Diritto romano e Codice civile» nella Università di Camerino. Lo sguardo spazia ben oltre i problemi espositivi di un singolo segmento didattico per divenire momento di riflessione che impegna un'intera comunità universitaria di giuristi ([97]).

La scelta del tema è coraggiosa, perché affronta direttamente il problema spinoso del rapporto fra il disincarnato sistema civilistico e le incarnatissime forze sociali ed economiche emergenti, il modo di corrispondere (o di resistere) da parte del Codice civile alla non più eludibile questione sociale, e, ancora più nello sfondo ma stringente, il nodo dell'assetto delle fonti civilistiche, della dialettica tra Codice e leggi civili speciali. È una scelta che denota coraggio, o almeno un vivo senso di responsabilità professionale, perché Polacco non appartiene al manipolo di giuristi piazzaioli disposti a inneggiare alle conquiste del quarto stato pur di conseguire un facile applauso. È piuttosto la sua sensibilità per i segni dei tempi a muoverlo, e, insie-

---

ritto delle obbligazioni e delle successioni *mortis causa*, incarnando, con le sue altissime capacità di teorizzazione unite a una vigile attenzione verso la realtà economica e verso l'esperienza del common-law, l'immagine vitale di una Pandettistica tesa a costruire un diritto adeguato alla società tedesca del maturo secolo XIX.

([95]) Braunschneig, Leibroch, 1868.

([96]) T. ASCARELLI, *La moneta — Considerazioni di diritto privato*, Padova, Cedam, 1928; *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, Giuffrè, 1952; nonché *Obbligazioni pecuniarie*, Bologna Zanichelli, 1959.

([97]) Camerino, tip. Savini, 1885 (poi in *Opere minori*, P. II, Fasc. I cit.). Nella avvertenza, che si trova premessa alla stampa originaria camerte dell'85 ma che malauguratamente non è riprodotta (cosa che troppo spesso avviene nelle ristampe di frettolosi editori) nella raccolta delle «Opere minori» da cui pur citiamo per comodità del lettore, nella «avvertenza» il Polacco, anche se in esordio dichiara di considerare questa prelezione «quasi appendice ad altra di uguale natura ed origine, in cui esposi gli articoli principali del mio *credo* scientifico», viene lui stesso a confessare la sostanziale diversità di piano quando, poco più sotto, precisa che in essa è delineato «il mio modo di concepire quelle discipline morali, a cui è consacrata la povertà dei miei studi».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

me, l'attenzione per tutto quanto sta al di là del diritto, delle sue forme e delle sue regole; è la coscienza del ruolo del giurista e della sua chiamata a ordinare e definire l'incompostezza dei fermenti sociali.

Polacco certamente non appartiene «a quelle menti piccine o retrive, che o non lo avvertono questo problema dei tempi nostri, o pensano che sia male il portarlo alla piena luce del giorno e che si possa soffocare tacendo» ([98]), come lui dice con schiettezza, in esordio, proprio con riferimento alla questione sociale. Di fronte a chi tace per pigrizia o per miopia, di fronte a chi — già da qualche tempo — cede volentieri all'andazzo sociologizzante, e cavalca di buon grado senza freni la tigre delle riforme, la prelezione camerte è null'altro che l'adempimento d'un dovere, l'assunzione pubblica d'una precisa responsabilità.

Il giurista non nasconde il suo volto complesso: la sua educazione liberale e le sue convinzioni liberali ([99]), che si mescolano e si armonizzano con un forte spirito religioso e con un altrettanto forte sentimento della mutazione ([100]). Egli è cosciente, in positivo e in negativo, che qualcosa si deve fare, da un lato perché è la richiesta effettiva d'una società in crescita, dall'altro perché è l'unico mezzo per togliere armi alle incitazioni più eversive. La prelezione corre proprio su questo filo doppio: da un lato, si invocano (ed è apertura significativa) quelle «Lettere meridionali» di Pasquale Villari, che sono la prima consapevole denuncia da parte di un intellettuale di aberrazioni sociali che la propaganda di regime celava accuratamente sotto i trionfalismi delle conquiste politiche ([101]); dall'altro, si afferra l'occasione per rifiutare senza appello l'organicismo dei Cimbali, dei Cogliolo, dei Vadalà-Papale ([102]) che, soffocando l'individuo nel-

([98]) *La funzione sociale della legislazione civile*, p. 22.

([99]) Affermazioni schiettamente liberali possono reperirsi *ibidem*, pp. 23-24 e 30-31.

([100]) Già abbiamo fatto esplicite citazioni. Cfr. *ibidem*, p. 30 per emersioni di smaccato afflato religioso, e p. 22 per percezioni precise del mutamento in atto.

([101]) Vedi la citazione di Villari, *ibidem*, p. 22. Le «Lettere meridionali» di Pasquale Villari, pubblicate nel 1875 e poi ristampate con altri scritti nel '78 a Firenze, restano nella letteratura meridionalistica italiana il primo limpido tentativo di scrollarsi di dosso pesanti luoghi comuni.

([102]) Il discorso, anche se sempre misurato com'è nello stile del Nostro, ha punte di asprezza, che fanno il paio con quelle rivolte due decenni dopo contro il giusliberismo. Si legga l'esplicito riferimento a Pietro Cogliolo, che appena quattro anni prima — nel 1881 — aveva salito lo stesso stallo di Polacco per recitare una prolusione entusiastica-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la costrizione d'una società concepita come un tutto-organico, esaltava troppo e pericolosamente la dimensione sociale ([103]).

Occorre correggere il vecchio individualismo di conio illuministico, sia perché è antistorico, sia perché è moralmente discutibile, occorre elaborare una proposta che sappia di concretezza e che venga a incarnare un progetto giuridico credibile. Da qui la scelta, encomiabile, per la franchezza; l'esorcismo del silenzio, infatti, vecchia arma spuntata e ignobile della classe dirigente italiana, non giova più. Giova demitizzare, interrogarsi, proporre; ovviamente, evitando — perché sterili e insensati — i salti nel buio e le iconoclastie. All'osservatore acuto della realtà giuridica e sociale non sfuggiva la «concatenazione» del giure privato coi fenomeni dell'ordine pubblico» ([104]), né sfuggiva che sarebbe stato contrario al suo prediletto buonsenso continuare a pretendere uno Stato indifferente ([105]). Lo Stato non poteva non giocare un ruolo nel momento in cui lo si riconosceva ben volentieri come unico depositario della produzione giuridica; ed infatti allo Stato si doveva domandare dei misurati interventi di indole legislativa.

Per il solido legalismo polacchiano la legge speciale è l'insostituibile strumento di adeguazione dell'ordinamento nella transizione verso un nuovo modello economico, perché è l'autentico strumento ordinante, il più immune dalle passioni contingenti e dai particolarismi, che più rispecchia in sé — anche quando ha da regolare un oggetto speciale — quel privilegio sommo della ragion civile che è l'astrattezza.

Si può pensare, allora, a una legislazione speciale capillare e invadente da intendersi come prodromo di un futuro «codice privato sociale» esautorante il vecchio codice civile pisanelliano? È questa la strada che tentano di percorrere Enrico Cimbali e i suoi seguaci, ma non è la strada di Polacco. «La portata dell'elemento industriale»

---

mente «darwinistica» (*ibidem*, p. 25), o a Vadalà-Papale e a Enrico Cimbali (pp. 28-29).

([103]) «questa socialità... minaccerà di riassorbire il cittadino nello Stato... restringendo, sino a interamente sopprimerlo, il campo della libertà individuale, massima conquista del mondo moderno» (*ibidem*, pp. 30-31).

([104]) *Ibidem*, p. 24.

([105]) «vedremo... quanto sconvenga il ridurre lo Stato ad una funzione puramente negativa» (*ibidem*, p. 31).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non va enfatizzata ([106]); di leggi speciali c'è bisogno, ma di interventi limitati che integrano senza intaccare il nucleo solidissimo della codificazione civile ([107]); che resta, e che deve restare nella sua natura squisitamente formale ed astratta, impermeabile al mutamento perché disegnata su modelli di individuo e su modelli di comportamento. Tener dietro al mutamento e soddisfarvi sarà compito di atti normativi carichi di materiale transitorio e per loro natura provvisorii ([108]). Al Codice civile è riservato l'ufficio di rappresentare non solo l'unità civilistica ma la stabilità civilistica, la radicazione su cui si possono via via innestare — rimanendogli esterne — propaggini speculari ai bisogni emergenti. L'esempio del *Landrecht* prussiano, riempito soprattutto nella sua terza parte di contenuti troppo fattuali, è deterrente: quella zavorrazione ha causato la sua condanna alla caducità ([109]).

Il rimedio, dunque, è da vedersi in poche leggi esterne al Codice, che attutiscano gli attriti fra regola astratta e fatti sociali nuovi. Si aggiunga: che non costituiscano una violenza per l'assetto sociale, una troppo vistosa forzatura per le strutture «naturali» della società, né tanto meno un capovolgimento ([110]); che servano anzi a dirigere la transizione e anche a frenarla. Ecco una frase confessoria: «il punto capitale adunque non consiste nell'escludere ogni ingerenza della legislazione civile, ma nel dirigerla in modo ch'essa secondi la natura» ([111]). Qui sul solidarista prevale l'uomo dell'ordine borghese che è portato a identificare con la *natura* della società le conquiste storiche della borghesia, qui si dimostra continuo il filo rosso che lega Polacco ai grandi mentori dell'illuminismo giuridico settecentesco. La percezione del mutamento si mescola con la sua coscienza giusna-

([106]) Loc. ult. cit.

([107]) «resti pertanto il Codice nella sua essenza qual è, e i pochi provvedimenti di legislazione industriale sociale, per avventura necessarî, vi si accolgano intorno sotto forma di leggi singole, quasi pianeti intorno al sole» (loc. ult. cit.).

([108]) «lungi da noi tuttavia l'accusa di volere immobilizzato il diritto, mentr'è in un continuo *divenire* la società ch'esso governa» (loc. ult. cit.).

([109]) Loc. ult. cit.

([110]) «Non saranno dunque ardite riforme, con istituti nuovi di pianta, non leggi eccezionali che applichino in favore di una od altra classe sociale norme contrarie all'universa giustizia, od introducano un'ingerenza coattiva dello Stato in materie abbandonate sin qui alle libere contrattazioni degli individui» (*La funzione sociale della legislazione civile*, p. 34.

([111]) *Ibidem*, p. 32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

turalistica, e la legislazione speciale appare — anche e soprattutto — come una minestra di lenticchie per il quarto stato e l'occhiuto espediente per gestire e governare intieramente e ordinatamente la situazione.

Una smentita, dunque, all'immagine del Polacco spiritualista e storicista, ma anche questo è fino a un certo punto veritiero. Se si scende ai contenuti di questa legislazione sociale, il discorso — come sempre nel nostro civilista — si complica, le fonti di ispirazione si intrecciano e il messaggio segnala quell'incoerenza progettuale che è tipica di chi sta seduto in mezzo a un quadrivio con disponibilità ad incontri che giungano da parti diverse. Nella indicazione proposta di un'area «civilistica» dove la legislazione speciale potrebbe — provvidamente perché *naturalmente* — incidere, il discorso si fa per più aspetti interessante. Presupposto che i Codici, la grande codificazione civilistica del secolo XIX, sono il frutto e il documento di una duplice operazione affrancatoria, degli individui e dei beni, liberati i primi dai soffocamenti di chiusure cetuali e di corpi intermedi, liberati i secondi da condizionanti stratificazioni storiche di oneri reali ([112]), di questi due territori del giuridico redenti, su uno — i beni e la proprietà individuale — non sono pensabili interventi se non irrisorii «salvo che si voglia infrangere la libertà per fare unicamente del socialismo» ([113]), affermazione dove appare intatta e pesante l'eredità d'un pensiero che ha legato indissolubilmente libertà e proprietà individuale facendo di quest'ultima una nozione prima di tutto etica.

Resta il territorio dei soggetti, e qui lo spiritualismo-solidarismo di Polacco consente l'ingresso di leggi speciali e la complicazione dello scarno, essenziale paesaggio giuridico del Codice. Sulla scena di questo due sono i protagonisti installati, l'individuo e lo Stato, mentre le persone giuridiche restano relegate senza incidenza nel disegno nomenclativo dell'art. 2 del Libro primo: è facile constatare

([112]) «I Codici moderni, specie a partire dalla Rivoluzione francese, si può dire abbiano avuta da compiere sovra ogni altra una duplice missione: liberare le persone e liberare i beni da vincoli ed oneri avuti in retaggio dalle età precedenti e condannati da nuovi criterî non meno morali che giuridici, di ordine politico non meno che di pubblica economia» (*ibidem*, pp. 37-38).

([113]) La proprietà individuale è ben all'interno di quei «nuovi criterî non meno morali che giuridici» di cui Polacco parla nel testo citato alla nota precedente. Il passo citato ora nel testo è a p. 38.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che perdura nel Codice, anche se meno assolutizzato, il vecchio sfavore rivoluzionario-napoleonico verso gli enti collettivi. Con Polacco lo sfavore, anche se non si muta in entusiasmo ([114]), viene accantonato.

Un ammaestramento di Renan — proprio lui, quello della «vita di Gesù» ([115]) —, l'insegnamento di Bellavite che aveva tanto insistito sulle persone collettive del diritto romano «come modello di legislazione civile» ([116]), una sincera istanza solidaristica, la contemplazione di un fenomeno cooperazionistico in crescita cospicua ([117]), stanno alla base dell'elogio polacchiano «sui vantaggi della cooperazione», dell'invito per «la riunione intorno a centri d'interesse comune, la formazione di corpi durevoli» ([118]). La legislazione speciale dovrà concretarsi in «provvedimenti atti a favorire quell'associazione, estranea e tuttavia non antagonista né ribelle allo Stato» ([119]), dovrà «rinsanguare istituti e corpi sociali che già esistono e che possiedono al massimo grado l'attitudine a fungere da insormontabile diga contro l'imperversare di prave passioni, ma ad agire in pari tempo quale valvola di sicurezza per lo sfogo di bisogni e di aspirazioni legittime» ([120]).

([114]) Si tratta soltanto di «far buon viso», come confessa a p. 34.

([115]) Leggendo — lui sempre avido di opere religiose — di Ernesto Renan il volume circolantissimo *Les Apôtres*, Paris, Levy, 1866, rimane colpito da questa frase preveggente (p. 384); «L'Association en dehors de l'Etat, sans détruire l'Etat, est la question capitale de l'avenir». Egli non ha esitazioni a sottolineare la fonte del suo pensiero, anche se di fonte singolarissima si tratta essendo Renan soltanto un felicissimo scrittore di cose storico-religiose.

([116]) Nel saggio *Delle persone collettive volontarie secondo il diritto romano dei tempi classici*, in *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, S. I, IV (1879), poi Verona, Drucker e Tedeschi, 1881, che Polacco cita esplicitamente e con grande evidenza (p. 33).

([117]) Di cui si faceva portatore in Italia Luigi Luzzatti, un personaggio che Polacco ha sempre collocato fra i suoi mentori (vedi la significativa affermazione de *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 2, nota 1). Proprio in quel 1885 che è l'anno della prelezione camerte, il teorico delle istituzioni cooperative, l'economista Ugo Rabbeno, diffonde in Italia, con i risultati di un suo viaggio in Inghilterra, il verbo cooperazionistico (Cfr. U. RABBENO, *La cooperazione in Inghilterra*, Milano, 1885). Sul Rabbeno e sul movimento cooperativo nell'Italia di quegli anni cfr. R. ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, in R. ZANGHERI, G. GALASSO, V. CASTRONOVO, *Storia del movimento cooperativo in Italia - 1886/1986*, Torino, Einaudi, 1987.

([118]) *La funzione sociale della legislazione civile*, p. 33.

([119]) È la parafrasi della affermazione di Renan riferita alla nota 115.

([120]) *Ibidem*, p. 34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Abbiamo, di proposito, voluto indulgere nella trascrizione di passi polacchiani per acquistarne in chiarezza. Non v'è dubbio che il paesaggio giuridico di Polacco si complica come avviene in tutte le proposte solidaristiche; il risultato — una popolazione di soggetti collettivi che vengono ad aggiungersi ai soggetti fisici — è lo stesso che domina «la nuova fase del diritto civile» di quel Cimbali e di quei neoterici sociologizzanti verso cui il patavino nutre più di un sospetto ([121]). Solo che qui il solidarismo si condisce di una visione accentuatamente mediatrice, forse anche di un calcolo furbastro: i vecchi corpi intermedi, che nell'85 odorano ancora in modo repellente di antico regime, sono riesumati per essere, in parte, avviliti a valvole di sfogo o addirittura a mali minori. Sentimento solidaristico e sentimento di autotutela, dimensione conoscitiva e dimensione ideologica, si mescolano. Per il buon conoscitore di tutto quanto bolle nella pentola italiana di quegli anni la pagina di Polacco evoca con precisione le dispute contemporanee e prossime-future in tema di proprietà collettiva, le ammirevoli costruzioni legislative in seno al Parlamento italiano di Giovanni Zucconi, prima, e di Tommaso Tittoni, poi, dove il problema schiettamente avvertito di una ritrovata giustizia per le comunità espropriate e di un più corretto angolo d'osservazione metodologico si confonde con l'urgenza di inventare una «valvola di sicurezza» — la proprietà collettiva, appunto, riesumata da una remota urna preromana — che valga a dare sfogo al quarto stato e a salvare l'ordine esistente da tante parti minacciato ([122]).

Correndo su questo filo doppio ma intimamente intrecciato il panorama del mondo del lavoro si popola di «Società di mutuo soccorso», di «libere coalizioni operaie» ([123]), di «casse cooperative raffeisiane» ([124]), mentre la famiglia, rafforzata, riacquista il suo ca-

([121]) Com'è noto, «la nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali» è la intitolazione del libro-manifesto che il giovane civilista siciliano Enrico Cimbali pubblica alla fine dell'84, un libro che è la espressione più matura e più alta della civilistica «ereticale» in Italia.

([122]) Sulle vicende della «proprietà collettiva» in seno al Parlamento italiano non ci resta che rinviare a una nostra precedente ricerca: «*Un altro modo di possedere*» — *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 326 ss.

([123]) *La funzione sociale della legislazione civile*, p. 34.

([124]) Cooperative rurali di credito note — dal nome del fondatore Friedrich Wilhelm Raiffaisen (1818-1888) — come *Raiffaisenvereine*, diffuse in Germania e trapiantate in Italia da Leone Wollemborg, concittadino di Polacco e suo amico (p. 37). Il Nostro è be-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rattere di autentica società intermedia ([125]). Accanto alla architettura generale del Codice, norma fondamentale dotata in grazia della sua purezza di una irripetibile capacità ordinante, possono ben collocarsi specifici atti legislativi, specifici non solo perché pensati come atti isolati anziché una sorta di sistema alternativo, ma specifici in primo luogo per la specialità degli oggetti che si propongono, perché integrano l'ordinamento positivo senza incrinarne le ossature teoretiche. È l'atteggiamento di fondo che spiega la piena accettazione del progetto di legge che attribuisce la personalità giuridica alle società di mutuo soccorso e il rifiuto di quello concernente la responsabilità dei padroni per gli infortuni del lavoro «inquanto contravvenga ai canoni generali del diritto civile e giudiziario con l'invertire l'onere della prova» ([126]). Una costellazione di pianeti — per riprendere l'immagine usata da Polacco — che rispettano la centralità di una stella fissa con tutto il suo bagaglio di principii, concetti, schemi ordinanti, profondamente pensati ed eretti in sistema; e uno spazio ben definito — l'unico — assegnato alla loro azione: «la massima funzione sociale odierna della legislazione civile consiste nel dare impulso e forza all'associazione privata ([127]).

La proprietà invece resta terreno interdetto, resta il santo dei santi della ragion civile, ed è giusto — in forza della sua intima valenza costituzionale — che sia il Codice sua norma esclusiva, una norma che i clamori delle piazze, le passioni degli uomini, gli opportunismi delle parti politiche e dei governi lasciano indenne. Polacco, attentissimo alla fucina legislativa, è certamente a conoscenza di quel che accade nell'aula di Montecitorio sulla dialettica fra proprietà individuale e proprietà collettiva nel momento in cui redige la prelezione, ma si guarda bene dal farvi cenno. Le finalità di Zucconi sono, in

---

ne informato sul movimento cooperativo, che aveva nel Veneto un terreno d'elezione, come è informato della più recente libellistica solidaristica (cita l'opuscolo di Domenico BERTI, *Le classi lavoratrici e il Parlamento*, Roma, Voghera, 1885).

([125]) Qui c'è uno slancio intieramente sincero di Polacco, che è un accanito antidivorzista; infatti «rafforzare la famiglia significa resistere alla tendenza dissolvitrice di chi vorrebbe il matrimonio ridotto in tutti gli effetti suoi alla stregua dei semplici contratti», oltre che «ricostruire sopra solide basi la patria potestà troppo oggidì esautorata... accrescere nella successione testamentaria il numero dei legittimarî... provvedere alla stabilità del focolare domestico, impedendone lo smembramento ad ogni nuova successione» (*ibidem*, pp. 35-36).

([126]) *Ibidem*, p. 34.

([127]) *Ibidem*, p. 37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondo, le sue, ma non arrivano ad essere così assorbenti da poter penetrare nel sacrario estremo. La rigidità della sua coscienza borghese vince sullo storicismo dell'uomo di buonsenso disposto a mediare su tutto, su quasi tutto. La conquista della liberazione della proprietà non è una conquista storicamente relativa, ma ultima e definitiva: «se, assicurata la libertà civile agli individui, rimane ancora il compito di agevolarne l'associazione, alla proprietà invece resa libera non resta altro ufficio da chiedere alla legislazione civile, la quale non potrebbe infatti che nuovamente asservirla» ([128]).

Così si chiude la prelezione lasciandoci un bilancio complesso da analizzare, mostrandoci una confluenza di motivi che rende ricco ma non nitido il messaggio. Su un punto anche il lettore più esigente non può però non dirsi d'accordo: essa è lo specchio delle sensibilità e delle chiusure, delle disponibilità e dei timori del giurista italiano che faccia della intelligenza e del buonsenso le armi da usare e l'armatura con cui proteggersi. Il guaio è che il buonsenso può rivelarsi anche un intralcio alla intelligenza.

5. Questo complesso di disponibilità e timori, di aperture e resistenze continua a contrassegnare il filo della riflessione polacchiana anche negli anni successivi. Si accentuano però le disponibilità e le aperture; e il ricco movimento di fatti e di idee, che rende assai vivo il paesaggio socio-giuridico dell'ultimo decennio del secolo in Italia, ha la sua eco fedele nel pensiero di Polacco, un personaggio che possiede la giovanile virtù di essere spettatore curioso della vita e pertanto il pregio raro di ri-pensare.

Già nell'87 cominciano ad apparire i suoi «Appunti sulle locazioni», in cui, come sappiamo, si avvia una analisi del *genus* contrattuale *locatio-conductio* che vuol essere senza mezzi termini tentativo di liberarsi dei vecchi schemi romani e di fornire strumenti tecnici adeguati ad ordinare la nuova realtà dei rapporti di lavoro e a cominciare ad affrancarli da condizionamenti tradizionali ([129]).

Ma, nell'89, un accuratissimo e dottissimo esame del primo *Entwurf* del Codice imperiale germanico lo porta a ripetere il suo entusiasmo per il Codice ([130]), per un Codice come regola formale e

([128]) *Ibidem*, p. 38.

([129]) Basti rinviare ai cenni, che abbiamo dato più sopra (cfr. p. 209).

([130]) *Il diritto romano nel progetto di Codice Civile germanico*, p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

astratta ([131]), per un Codice che sarà — ancora a fine Ottocento, anche in area tedesca — «monumento eretto al genio giuridico romano» ([132]).

È del '90, poi, una sua vivace polemica con Vincenzo Simoncelli, di cui abbiamo distesamente parlato in altra sede e che riafferriamo qui per il significato che ha nell'itinerario polacchiano ([133]): il Nostro, che è disponibilissimo a rivedere il tessuto tecnico-giuridico di un singolo contratto onde crearvi un varco per i fatti sociali novissimi (vedi il problema locazione-contratto di lavoro); che è disponibilissimo a registrare all'interno dell'ordinamento giuridico isolati interventi di legislazione sociale (vedi, fra poco, la sua calda accoglienza della legge sui probiviri), si irrigidisce immediatamente quando vede messe in discussione le fondazioni teoriche di quello, quando non di integrazioni, aggiornamenti, valvole di respirazione verso l'esterno si tratta ma di incrinature che pregiudicano la stabilità dell'edificio. A Simoncelli, che, canonizzando il principio della «potenziale elasticità della legge» e ingigantendo la funzione dell'interprete-applicatore ([134]), compromette la rigidezza del principio di legalità e provoca scompiglio sul geloso terreno del sistema delle fonti, Polacco replica duramente richiamando il collega a quello che è «veramente ufficio nostro di civilisti, presentare un'esposizione sistematica del diritto vigente», e a una lettura più umile dell'art. 3 delle preleggi «che pone fra i criterî ermeneutici l'indagine della *intenzione del legislatore*» ([135]); gli sottolinea cioè — della sua ipotesi e proposta — «il lato pericoloso, perché trascendente l'ufficio dell'interprete» ([136]). Di fronte a tanto eversive enunciazioni, lui, così aperto alla dimensione filosofica del diritto e — diciamolo pure — così distante da un esegeta, non ha esitazione nel contrapporre un «corso esclusivamente filosofico sul diritto civile» ([137]) dove le idee si-

([131]) «io temo che questo grand'astro della socialità si trovi ancora circonfusa da troppe nebbie, perché possa rendere almeno distinti i contorni delle cose... né quindi si presti ancora a lasciarsi inquadrare nelle linee precise d'un codice, quale criterio direttivo fondamentale» (*ibidem*, p. 25).

([132]) *Ibidem*, p. 27.

([133]) Vedine più sopra la citazione precisa.

([134]) *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali — Cenni critici a proposito di uno scritto del prof. V. Simoncelli*, cit. p. 813.

([135]) *Ibidem*, p. 814.

([136]) *Ibidem*, p. 813.

([137]) *Ibidem*, p. 814.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

moncelliane possono ben trovare ospitalità a un «corso» strettamente civilistico dove quelle stesse idee sono inammissibili perché aberranti.

Tre anni dopo, nel 1893, la legge sui probiviri, proprio perché intervento specifico e delimitato, ci mostra un Polacco seguire «con amore i progressi della cosiddetta legislazione sociale» e vederla «come uno dei passi più notevoli in questa nuova via aperta al genio giuridico nazionale» ([138]). Secondo la legge 15 giugno 1893, n. 295 possono essere istituiti, nei luoghi dove esistono imprese industriali, dei collegi di probiviri per la conciliazione delle controversie fra imprenditori e operai in relazione all'esercizio delle stesse imprese e in dipendenza dei rapporti di operaio o apprendista, nonché per la definizione in via giudiziaria di controversie di analogo contenuto purché non eccedenti il valore di Lire duecento. Polacco non soltanto non ha alcuna diffidenza verso l'inserimento di un corpo tanto estraneo nell'organismo del diritto positivo italiano, ma vi plaude preconizzando nella empiricissima giurisprudenza dei collegi probivirali una sorta di laboratorio sperimentale dove si elaborerà «il materiale prezioso per una buona legge sui ... contratti di lavoro e di tirocinio» ([139]), una legge che dovrebbe scaturire non come alata Minerva dalla testa di Giove ma dalla lezione delle cose, dall'esperienza quotidiana, dalla prassi. Per definire la posizione polacchiana non è privo di interesse rilevare due opposte conclusioni a cui il Nostro perviene, su due innovazioni qualificanti, nel suo commento al testo legislativo: il plauso incondizionato per la affermata capacità della donna di fungere da arbitro e il rifiuto incondizionato della regola sancita nell'art. 34 secondo cui «il minore che abbia compiuto i 15 anni è considerato come maggiorenne per tutte le controversie relative alle locazione d'opera da lui contratte e contemplate nella presente legge». Mentre il plauso trae origine dalla sincera disponibilità verso innovazioni che rispettino l'evolversi della coscienza sociale senza mettere in pericolo le strutture del regime positivo, il rifiuto nasce dalla constatata negazione che si viene ad affermare di uno dei principii razionali dell'ordinamento, essendo «la prima volta che una persona incapace di stipulare da sé e per sé un contratto è proclamata

([138]) *La nuova legge sui probi-viri con particolare riguardo alla capacità giuridica delle donne e dei minori*, cit., p. 721.

([139]) Loc. ult. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuttavia capace a stare da sé e per sé in giudizio a trattarvi controversie relative al contratto medesimo» e costituendo pertanto «una vera anomalia quella che si contiene nell'art. 34» ([140]). Non è la paura del nuovo a portarlo al rifiuto, è la paura di creare inconsapevolmente delle brecce che compromettano la stabilità dell'intero edificio.

Non può essere taciuto, lungo l'itinerario polacchiano, il grosso saggio sulla colpa, che è del '94. La condanna delle sottili distinzioni elaborate da un passato remoto, lo sguardo attento al passo innanzi rappresentato dal Codice civile unitario e ai passi da compiere ancora nella futura revisione del Codice stesso, si motivano tutti in «una larghezza di vedute che ci allontani sempre più dalle indagini metafisiche e dal pericolo di ricadere nelle vecchie cabale, per accostarci un po' meglio alla realtà della vita» ([141]). Il sentimento della necessaria storicità delle forme giuridiche è persistente; ed è persistente il timore di quelle metafisiche che al giurista ben piantato nel positivo ma anche ben consapevole della metafisica autentica appaiono come *cabale*; ed è da sottolineare la comparizione di un termine carissimo a Polacco e peculiare al suo vocabolario, su cui non si potrà non tornare.

Non può essere taciuto, infine, nella piena maturazione della riflessione polacchiana, all'incirca nei primi anni del secolo, l'emergere di una condanna severa «della morta gora dell'esegesi» ([142]), di qualche accenno di revisione sul tema dei rapporti fra socialismo solidarista e legislazione fino ad arrivare a una considerazione benevola del già aborrito «Codice privato sociale» ([143]); e prende campo un

([140]) *La nuova legge sui probi-viri*, cit., pp. 726-27.

([141]) *La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano*, cit.,p. 30.

([142]) In una commemorazione di Emanuele Gianturco, del 1907, il merito che egli rivendica allo stesso Gianturco e alla civilistica neoterica italiana degli anni Ottanta è proprio quello di avere contribuito «a trar fuori il Diritto civile dalla morta gora della esegesi» (*In memoria di Emanuele Gianturco*, ora in *Opere minori*, Parte II, Fasc. I, cit., p. 62).

([143]) «pur non accogliendo il verbo socialista — confessa in un saggio del 1903 — non si può disconoscere com'esso abbia giovato e giovi quale potente propulsore nella gran macchina sociale e particolarmente nella legislazione, per far sì che si attuino umanitarie riforme. (*La «Filosofia del diritto» di Vincenzo Lilla*, cit., p. 226). Nella commemorazione di Gianturco all'Istituto Veneto, che è di quattro anni dopo, il civilista napoletano è qualificato «così felice nel saper piegare alle esigenze sociali il rigore del diritto civile». E più sotto, riferendosi alla famosa prolusione gianturchiana del '91 su «l'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale», esce in queste frasi, che la consueta sincerità di Polacco ci impedisce di cogliere come ipocrite dichiarazioni apologetiche:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

atteggiamento di insofferenza rispetto a una legislazione speciale divenuta ormai strumento abusato e — quel ch'è peggio — negativamente subdolo quando consente surrettiziamente l'ingresso nell'ordinamento positivo di principii dall'indubbio valore dirompente (144).

6. Al fondo di questo itinerario riflessivo si colloca un saggio che non merita di essere confuso nel fascio dei molti altri, perché rappresenta una sosta nello svolgimento del pensiero di Vittorio Polacco, sosta senza velami e artificii, che si propone al tempo stesso quale bilancio e progetto, situata com'è in una sorta di spartiacque fra passato e futuro, fra le certezze incrinate del diritto di ieri e le speranze e i timori che segnano il diritto di domani. Sosta in cui il pensoso viandante si arresta per contemplare a ritroso il cammino fatto attraverso un accidentato terreno e per trovare le forze a procedere oltre in un terreno che sente con qualche disagio nuovo e insicuro.

È questo il messaggio inespresso del discorso che il 24 maggio 1908 Polacco pronuncia nell'adunanza solenne dell'Istituto Veneto, dandogli un titolo che vuol essere il primo segnale del suo ri-pensare, del suo interrogarsi in un momento percepito con precisione come autentico crocevia storico pel giurista liberale intimamente plagiato dalle mitologie dell'assolutismo giuridico: «le cabale del mondo legale».

Ma che c'è di tanto nuovo per il giurista in quel 1908, che potrebbe sembrarci appartenere ancora, in Italia, «agli ultimi momenti della vecchia storia» — solida, quieta, immutabile —, come nota Capograssi in una celebre pagina dedicata a descrivere i suoi anni universitari (145)? Per tentare di capirlo partiamo pure dal titolo. Di cabale Polacco ha parlato recentemente più di una volta (lo abbiamo

«che severa condanna di un diritto contrattuale affatto individualistico, che sacrifica al dottrinarismo la realtà palpitante e dolorosa! Come ardente l'anelito a trasformare (sono sue parole) in Codici di diritto privato sociale i Codici di mero diritto privato!». (*In memoria di Emanuele Gianturco*, p. 64).

(144) È il lamento che egli eleva nella nota su *Il progetto di legge sull'emigrazione e l'art. 11 1° comma, n. 3 del Codice civile*, in *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, a.a. 1900/1901, t. LX-P. II.

(145) G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando*, ora in *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 359 («correvano gli anni dodici e tredici. Stavamo agli ultimi momenti della vecchia storia»).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

or ora visto) con riferimento al mondo del diritto e ha, con questo termine intrinsecamente spregiativo, inteso bollare le sottigliezze talmudiche, gli scolasticismi, gli artificiosi equilibrismi, le prefabbricate oscurità di un ceto di giuristi (soprattutto di dottori) negativamente valutato perché còlto ad arruffare le carte e le regole del gioco e mantener così l'esclusività del potere. È importante sottolineare che ora, nel 1908, il termine cabale viene riferito anche alla legge e al legislatore; anche queste due entità venerate ed intoccabili vengono coinvolte sul banco degli accusati ed analizzate con spregiudicata disinvoltura. C'è un mutamento palese nella psicologia dell'autore, e ci sono — dietro — fatti rilevanti che premono sulla coscienza di chi, come Polacco, fa della attenzione e disponibilità al divenire delle cose una divisa metodologica (sofferta, magari, ma sentita).

Si impone una prima constatazione: nel 1908 il sistema legislativo civilistico è sempre più dominato da una malattia inguaribile, la profluvie di leggi speciali, che stanno sostanzialmente espropriando il Codice con integrazioni e novazioni, alterando e confondendo il sistema; la stella fissa — per riprendere ancora una volta l'immagine polacchiana dell'85 — è soffocata da una sempre più soffocante stratificazione di minuscoli ma non innocui pianeti. Quanto appariva, ventitre anni prima, come una conseguenza inevitabile della «transizione» e anche come un provvido rimedio, è diventato un andazzo patologico.

Si impone anche una seconda constatazione: la data del discorso non è casuale. Il 1908 è infatti un anno di coincidenze significative. Raffaele Majetti, un colto e battagliero giudice del Tribunale di Campobasso ([146]), quello stesso che nel 1901 aveva tradotto la raccol-

([146]) Raffaele MAJETTI (Napoli 1860-Roma 1930), laureato in Giurisprudenza all'Università di Napoli, magistrato dall'86, dopo aver peregrinato in diversi uffici pretorili, è nominato giudice al Tribunale di Campobasso dal 1900; trasferito a Roma nel novembre del 1907, fu quasi subito Presidente della sezione minorile del Tribunale, occupandosi poi fino alla morte dei problemi della delinquenza minorile e della assistenza ai minori. Dopo essersi assai legato, per affinità culturali e professionali, al suo collega francese Paul Magnaud (delle cui sentenze si fa traduttore e annotatore: cfr. la nota seguente; e di cui scrive in termini entusiastici: cfr. R. MAJETTI, *Le phénomène Magnaud*, in *Revue socialiste* del 15 giugno 1903), intesse vincoli con Joseph Kohler e soprattutto con Hermann Kantorowicz, dei quali sarà traduttore e divulgatore (cfr. G. KOHLER, *Il diritto penale cinese-Contributo alla storia universale del diritto penale*, Campobasso, tip. Degaglia e Nebbia, 1907; per la traduzione di Kantorowicz cfr. alla nota 148). Di Majetti è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ta di sentenze del «bon juge Magnaud» ([147]), traduce in italiano il programma più maturo e più lucido del giusliberismo, «Der Kampf um die Rechtswissenschaft», pubblicato appena due anni prima dallo storico tedesco del diritto Hermann Kantorowicz ([148]), traduce e munisce di una ampia introduzione che è un palese tentativo di propagandare e diffondere il nuovo verbo anche in Italia ([149]). Sempre nello stesso anno, già un misurato richiamo condito di disponibilità ma soprattutto di gravi perplessità, prima ancora che uscisse la traduzione di Majetti, l'aveva lanciato, il 14 gennaio, nella prolusio-

---

interessante: *L'opera di Enrico Cimbali nella riforma del diritto privato* — Discorso tenuto il 30 giugno 1912 al «Circolo giuridico» di Roma nel XXV anniversario della sua morte, Torino, Utet, 1912. Su di lui esiste un volume del figlio, Michele MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni ed «il buon giudice italiano» - Vita - Scritti - Opere - Lineamenti di pedagogia emendativa*, Roma, tip. della Camera dei Dep., 1932, non molto ricco di dati biografici e invece pesantemente agiografico.

([147]) *Le sentenze del presidente Magnaud riunite e commentate da E. Leyret*, trad. da R. Majetti, S. Maria Capua Vetere, Cavolta, 1901(un'altra traduzione — assai ridotta e con funzione divulgativa nell'ambito di una propaganda chiaramente socialistica — appare in questo stesso anno: P. MAGNAUD, *Il «buon giudice» e il diritto alla vita: sentenze e scritti*, trad. di Garzia-Cassola, Firenze, Nerbini, 1901). Paul Magnaud (1848-1926), il «Président Magnaud», il «bon juge Magnaud», Presidente del Tribunale di Chateau-Thierry dal 1887 al 1906, data della sua elezione a deputato, è il magistrato che più incarna — a fine Ottocento — la figura del giudice d'equità, dell'interprete disinvolto della legge per supreme ragioni equitative. Le sue sentenze ebbero l'onore di essere subito raccolte in delle sorta di breviarii come accadeva un tempo per alcuni insigni Presidenti di Parlamenti francesi dell'antico regime: P. MAGNAUD, *Les Jugements du Président Magnaud*, Réunis et commentés par H. Leyret, Paris, Stock, 1900 (donde la traduzione del Majetti); H. LEYRET, *Les Nouveaux Jugements du Président Magnaud*, Paris, Schleicher, 1903. Per una interpretazione meno banalizzante dell'opera giudiziale di Paul Magnaud, cfr. R. WEYL-M. PICARD WEYL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le «bon juge Magnaud»*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974/75) — *Il «socialismo giuridico» — Ipotesi e letture*, p. 367 ss.

([148]) Com'è notissimo, sotto lo pseudonimo di Gneo Flavio: GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter, 1906.

([149]) H.U. KANTOROWICZ (GNAEUS FLAVIUS), *La lotta per la scienza del diritto*, Milano, Sandron, 1908; la prefazione è datata: agosto 1907 (recentissimamente, per iniziativa intelligente di Pietro Rescigno, il volume curato dal Majetti è stato opportunamente ristampato (Bologna, Forni, 1988) e munito di una attenta e documentata introduzione alla lettura da parte di Federico Roselli). Il 15 febbraio 1908 lo stesso Majetti tiene una seguìta conferenza presso il «Circolo giuridico» di Roma su «Il diritto libero ed un moderno Gneo Flavio» (cfr. M. MAJETTI, *La delinquenza minorile ed «il buon giudice italiano»*, cit., p. 40).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne con la quale saliva la cattedra palermitana di Diritto civile, Leonardo Coviello, scegliendo di parlare «De' moderni metodi d'interpretazione della legge» e dedicandosi interamente a discutere dei nuovi movimenti affiorati in Francia, in Germania e in Austria ([150]). Coviello dava corpo alle perplessità riferendosi espressamente e dettagliatamente al volume di François Geny del '99 ([151]), «un'opera veramente ponderosa, che sollevò gran rumore anche altrove» ([152]), e al sostanziale assenso di Saleilles ([153]), allo «importante opuscolo» ([154]) di Ehrlich ([155]), «alla sintesi ed al programma radicale della nuova scuola» contenuti nel libello di Kantorowicz ([156]), alle buone accoglienze — se non addirittura entusiastiche — date in Italia dal Vadalà-Papale ([157]) e da Matteo Galdi ([158]).

([150]) Vedila pubblicata in *La Corte d'Appello*, IV (1908), p. I ss. Coviello, che fa espresso riferimento al libello di Kantorowicz, annota che «durante la stampa del presente discorso è stato pubblicata la traduzione italiana a cura di R. Majetti» (p. 2, nota 3). Leonardo Coviello (1869-1939) insegnò Diritto civile nelle Università di Messina e di Palermo, indi dal 1919 in quella di Napoli.

([151]) E cioè alla prima edizione del classico *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif-Essai critique*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899 (ne uscirà una seconda edizione nel 1919).

([152]) L. Coviello, *De' moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit., p. 2.

([153]) Anche se con qualche riserva, ma con la ferma coscienza che «ce livre de Geny est avant tout une oeuvre de franchise». Di Raymond Saleilles, cfr. il *préface* alla prima edizione di *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (da cui è tratta la citazione) e la relazione *Méthode historique et codification*, in *Atti del Congresso Internazionale di Scienze Storiche* (Roma, 1-9 aprile 1903) — vol. IX, Roma, tip. Accad. dei Lincei, 1904, p. 3 ss. (relazione citata dallo stesso Coviello).

([154]) L. Coviello, Loc. ult. cit.

([155]) E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903 rist. (insieme a *Soziologie und Jurisprudenz*, Czernowitz, 1906), Aalen, Scientia, 1973).

([156]) L. Coviello, Loc. ult. cit.

([157]) G. Vadalà-Papale, *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, in *Atti del V Congresso Nazionale Giuridico-forense*, Palermo, tip. Borravecchia, 1903 — vol. I, p. 107. Su questa singolare figura di filosofo del diritto-civilista, tanto immerso nelle dispute culturali che investono — dagli anni Ottanta — la scienza giuridica italiana, cfr. Grossi, «*La scienza del diritto privato*», cit., passim.

([158]) Di Matteo Galdi, un modesto civilista di scuola napoletana, che, come libero docente, ha tenuto per tanti anni dei corsi di Diritto civile nell'Ateneo di Napoli, conosciuto soprattutto per molte opere a carattere tecnico-pratico diffusissime nel fôro, Coviello cita la prolusione al corso pareggiato di Diritto civile letta a Napoli il 15 novembre 1906 (*La riforma della legislazione del diritto privato, e la* scuola

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il 1908, è, insomma, il momento in cui non si può non uscire allo scoperto da parte di un personaggio — come Polacco — sensibilissimo al problema delle fonti e informatissimo della pubblicistica giuridica a livello europeo: la traduzione di Majetti e la prolusione covielliana vengono probabilmente a convalidare ([159]) una determinazione già presa, giacché «il tema è ... di tale attualità, che di continuo compaiono nuovi scritti sull'argomento» ([160]). Il discorso all'Istituto Veneto ha il pregio, rispetto — per esempio — al testo di Coviello, di non esaminare isolatamente le proposizioni del giusliberismo per aderirvi o per combatterle, ma di osservarle come il segno di una crisi che investe l'intero ordinamento giuridico nel suo più intimo meccanismo di produzione e di adeguamento, e pertanto con uno sguardo che, per esser più vasto, si munisce di un grado più elevato di problematizzazione e di comprensione. Crisi della legiferazione come strumento normale — se non essenziale — di produzione giuridica e crisi dei criteri ermeneutici tradizionali alla cultura dello Stato borghese di diritto sono posti in strettissimo contatto, quasi in posizione di interdipendenza, e il respiro del civilista è piuttosto quello di una autointerrogazione senza riserve alla luce di tanti e sconcertanti fatti anziché una scelta tramutantesi subito in una condanna o in una apologia.

La diagnosi sul sistema legislativo civilistico è impietosa: è caduta «la illusione di un diritto semplice» ([161]), «la legislazione si è fatta pletorica» ([162]), «un arruffo di norme» ([163]) che «specie in questi ultimi tempi, sono state progettate discusse e formulate» in un «modo affrettato, incoerente e irrazionale» ([164]), e, per di più, «il

---

del diritto libero, in *Rivista giuridica e sociale* III (1906), p. 481 ss., e autonomamente: Napoli, tip. Priore, 1906) e il successivo saggio *La scuola del diritto libero*, in *Rivista giuridica e sociale*, IV (1907), p. 145 ss., e autonomamente: Napoli, tip. Priore, 1907.

([159]) Polacco stesso ha cura di informare circa la prolusione di Coviello: «pervenutami quando io mi disponeva a leggere il presente discorso» (*Le cabale del mondo legale*, p. 59, nota 4).

([160]) *Le cabale del mondo legale*, p. 57, nota 3.

([161]) *Ibidem*, p. 42.

([162]) Loc. ult. cit.

([163]) Loc. ult. cit.

([164]) *Le cabale del mondo legale*, p. 50. Le aggettivazioni,«il crescendo di epiteti», sono presi di sana pianta dal saggio di un collega patavino di Polacco, l'amministrativista Federico Cammeo che dal 1905 insegnava nella Facoltà giuridica di Padova la «Proce-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

malvezzo, purtroppo frequente, di far penetrare di sbieco in leggi di portata apparentemente secondaria e locale emendamenti ed aggiunte che hanno ripercussione in ampie zone del diritto», «quelle cosiddette leggine, che si votano a vapore quando la canicola infuria» ([165]). «Ben vengano le leggi speciali» «ma dove effettivamente lo esigano i rapporti di vita reale» ([166]), e soprattutto senza far sorgere «un sistema così tumultuario di innovazioni e di rabberciature» ([167]). Il florilegio polacchiano, volutamente abbondante, segnala lo sgomento del civilista ma anche la sua ferma rinuncia a ogni edulcorazione, a ogni occultamento. Il legislatore ha tradito la fiducia degli operatori, e questo va detto senza complimenti; il lettore illuminato della natura delle cose e l'interprete oggettivo della pubblica felicità viene trascinato giù dal suo trono illuministico per essere valutato e giudicato.

È rilevante che ciò non avvenga «per accademica idolatria di un classicismo architettonico, non per un ideale di euritmia», non per motivazioni «estetiche» ([168]), bensì per due ragioni assai più sostanziali e sostanziose riducibili a quelle «creazioni arbitrarie» e a quei «detriti storici» cui abbiam fatto cenno parlando più sopra delle costanti del pensiero polacchiano ([169]): le prime portano a uno snaturamento della *regula iuris* ([170]), a una sua eccessiva particolarizzazione, a una sua riduzione a «cabala» negativa; i secondi a una morte per inanizione, almeno sul piano dell'effettività, della stessa *regula*. Con una universale conseguenza pesantissima a livello di psicologia collettiva, pesantissima anche su quella dimensione post-illuministica che è una delle venature non smentibili dell'animo di Polacco: «la legge guardata in generale non più con affetto ma con sospetto», «generalmente scemato, come il principio di autorità, così il rispetto della legge» ([171]).

---

dura civile». Il saggio, cui Polacco fa espresso riferimento (cfr. nota 3), è: *L'interpretazione autentica*, in *Giurisprudenza italiana*, LIX (1907).

([165]) *Ibidem*, p. 51.

([166]) Loc. ult. cit.

([167]) Loc. ult. cit.

([168]) È Polacco stesso a parlare di «esteti del diritto», fra i quali non si ascrive (loc. ult. cit.).

([169]) *Le cabale del mondo legale*, p. 46.

([170]) «il capriccio, o l'inesperienza o la fretta portano sovente il legislatore a denaturare la *regula iuris*» (ibidem, p. 47).

([171]) *Ibidem*, p. 42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È scritto — quest'ultimo rilievo — in esordio del saggio, ed è il primo e il più grave dei torti che il giurista contesta al potere legislativo dello Stato liberale, perché è il crollo del consenso, è la frattura fra Stato e società civile che si viene a produrre in modo forse irreparabile. E affiora lo spettro del *déclin du droit*, un costo troppo grosso. L'inventario dei «detriti storici» investe in pieno anche il prediletto «Codice civile» tutto imperniato su una enfatizzazione stantìa della proprietà fondiaria e su una miope indifferenza verso la crescente e invadente ricchezza mobiliare ([172]); il civilista maturo, che, ai suoi verd'anni, nell'ormai lontano 1884, aveva collocato la natura e funzione giuridica del danaro al centro del suo «corso» istituzionale ([173]), vi si ribella.

Quindi, non più «feticismo della legge», perché sarebbe ormai inammissibile. Forse «feticismo per la dottrina giuridica e per la libertà del giudice, soverchianti, se occorre, la legge scritta» ([174]), come nel 1908 si conclama da molte parti quale nuovo verbo della scienza nova? Polacco, intellettualmente sempre curioso, conosce assai bene quel verbo, e lo provano le molte citazioni di Kantorowicz, di Bülow, di Wurzel, di Bozi, di Zitelmann che costellano le note ([175]). È una familiarità vecchia con questo filone di pensiero fin dal tempo in cui polemizzava con Simoncelli e dimostrava di aver letto attentamente le pagine di Kohler, un antesignano del giusliberismo,

([172]) «a ritroso dei tempi, in tanto fiorire ed espandersi della ricchezza mobiliare, il Codice civile persiste a circondare di cure particolari e persino ingombranti la proprietà fondiaria» (*ibidem*, p. 47). È notabile il plauso per le proposte che, in seno alla discussione parlamentare sui patti agrari, «un deputato assai colto di parte estrema», il socialista Leonida Bissolati, fa in tema di enfiteusi, di demani comunali, di diritto corporativo, proposte esorbitanti i vecchi schemi della tradizione romanistico-civilistica. Dice Polacco: «se proprio non ci sia verso di allogare bisogni che incalzano entro il casellario tradizionale, non si arresti il legislatore per questo, ma proceda animoso nella costruzione di schemi giuridici nuovi» (*ibidem*, p. 48). Frase che il Nostro, nell'85, non avrebbe pronunciato.

([173]) Cfr. più sopra, a p. 216.

([174]) *Le cabale del mondo legale*, p. 43.

([175]) Su questi personaggi, sulle loro affinità e diversità basti rinviare a L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, opera utile e per molti versi chiarificatrice ma che tuttavia si palesa assai carente, da un punto di vista rigorosamente storico-giuridico, nell'analisi della genesi e dell'articolazione del complesso movimento giusliberista in Europa (un condizionamento scaturisce anche dall'aver ristretto lo sguardo alla situazione tedesca, anche se è indubbio che è lì la fioritura più ampia e matura di posizioni giusliberistiche).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e di averle ammirate pur nella registrazione di un cospicuo dissenso di fondo ([176]). Ma non ci si attenda oggi una palingenesi, una inversione di rotta. Oggi, 1908, c'è uno scoppio e una diffusione della nuova corrente a tal punto che sarebbe sterile e dannoso ignorarla; tanto più che questa diffusione è concomitante alla sempre più diffusa coscienza degli arbitrii e delle incapacità del legislatore. Oggi si può e si deve analizzare con disponibilità, tentare una comprensione, partendo dal presupposto del crollo di due illusioni, quella di poter risolvere tutto per legge quasi che l'opera del legislatore avesse qualcosa di taumaturgico, quella di poter ridurre l'incredibilmente complicato ordine giuridico della società moderna «in poche formule, generali e duttili, pur rimanendo sobrie e precise» ([177]).

Il saggio polacchiano del '908 è l'esame di coscienza di un uomo dotato di straordinaria probità intellettuale e quindi anche di straordinaria sincerità, che parla e scrive nel momento in cui quel crollo ha creato un vuoto psicologico e, insieme, un cumulo di incertezze, e, insieme, l'esigenza di imboccare strade nuove. La diffidenza del vecchio giurista venato di illuministica legolatria verso «questa cosiddetta scuola libera del diritto» ([178]) permane, solo che ora non la si respinge in blocco come uno scandalo o la si condanna come un'eresia; si tenta di capirla magari per esorcizzarla almeno nelle sue manifestazioni estreme e nei suoi pericolosi entusiasmi critici, quelli per esempio del buon giudice Majetti troppo innamorato del «Président Magnaud» e dei suoi giudicati d'equità ([179]).

La proposta che ne esce è all'insegna della mediazione, com'è nello stile di Polacco. Certamente, nel lettore ammirato di Montesquieu, di Diderot, di Muratori, nell'oppositore accanito delle vecchie cabale della *interpretatio prudentium*, le soluzioni giuslibertistiche non riescono a far breccia nella iconoclastia del loro genuino messaggio; anacronistica è l'evocazione del pretore romano e insoddisfacente l'affidamento a un giudice che è troppo condizionato dal particolare e che corre costantemente il rischio di non riuscire a immettere quel particolare nel tessuto generale dell'ordinamento. An-

([176]) «il Kohler, il quale sviluppò questo principio, che può dirsi della potenziale elasticità della legge, con una diffusione ed una precisione, per quanto so io , insuperate» (*Sulla interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali*, cit., p. 813).

([177]) *Le cabale del mondo legale*, p. 65.

([178] *Ibidem*, p. 58.

([179]) Vedi (loc. ult. cit.) il preciso riferimento a certe affermazioni del Majetti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che per la realizzazione degli stessi ideali solidaristici portati innanzi dal movimento inadeguata si presenta l'opera del giudice, mentre riforme «sancite per legge, avrebbero una efficacia universale» ([180]). L'osservatorio di Polacco, che è ben collocato al di dentro dello Stato borghese di diritto, non gli consente l'elementare rilievo auto-critico che egli stava commettendo una imperdonabile idealizzazione e che la legge, di cui si vantava l'universalità, era pur sempre l'espressione del potere e della classe detentrice di esso, come mostravano la storia giuridica recentissima — quella che lo stesso Polacco aveva vissuto con partecipazione — e le sue conquiste sociali tutte estorte, tutte combattute, tutte concesse a malincuore. Il discorrere sempre per modelli e su modelli, che è il tipico atteggiamento della ragione giuridica borghese, continua a comprimere le aperture storicistiche del patavino e a condizionare l'approccio col verbo giusliberistico.

In quel 1908, che vede il dilagare di questo anche in Italia e vede lo stesso giurista costretto a redigere il mesto inventario delle miserie del legislatore italiano, la proposta mediatrice di Polacco è di lasciare intatto il sistema moderno delle fonti inteso come baluardo e conquista dell'età ultima ma di sforzarlo quel tanto che basta senza infrangerlo per consentire l'apertura di qualche finestra sull'esterno. In altre parole si trattava di consentire un minimo di pluralismo ma solo entro la legge o, per utilizzare la frase famosa di Jhering a proposito del diritto romano, di andare oltre la legge ma per il solo tramite della legge.

Le direzioni sono due: utilizzare più spregiudicatamente «quei canoni generali di ermeneutica che stanno, *lex legum*, sul vestibolo del Codice civile» e puntare di più sulle clausole generali, su quegli «organi che vorrei dire respiratorî» che sono «nel corpo delle patrie leggi» ([181]). In tutti e due i casi concedendo uno spazio assai più ampio e una funzione decisamente attiva al giudice.

Relegata in nota — e questo è significativo perché attesta il pudore, quasi il rossore, con cui il giurista tocca certi tasti e parla di certe cose — ecco una affermazione oltremodo rilevante: «essi [Polacco nel testo ha parlato appunto dei canoni ermeneutici delle preleggi] in verità non mi sembra si oppongano allo sviluppo di quei germi che in un dato testo di legge stanno racchiusi e sbocciano, per così di-

([180]) *Le cabale del mondo legale*, p. 59.
([181]) *Ibidem*, p. 60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

re, al contatto e in rispondenza a circostanze e bisogni nuovi della vita reale. L'*intenzione* del legislatore si ha a credere infatti che investe anche tali circostanze e bisogni ch'egli per verità non poté avere immediatamente sott'occhio, sempreché si tratti appunto non di deviazione da quel testo di legge, ma di progressiva sua esplicazione: proprio come nel seme del generante sta non solo il figlio immediato, ma tutta la successiva discendenza» ([182]). Qui rispetto alle credenze degli anni Ottanta si è fatto un grosso passo innanzi o — se si preferisce — si è modificato sensibilmente la dirittura della linea di discorso. Al di là della salvaguardia «che si tratti appunto non di deviazione da quel testo di legge» (un modo ipocrita di salvarsi l'anima, e che sia ipocrita lo dimostra l'esempio efficace del generante e della catena successiva dei generati), la nozione che vi si offre della intenzione del legislatore *ex* art. 3 disp. prel. è più vicina a quella kohleriana della potenziale elasticità della legge (già respinta nella polemica del '90 con Simoncelli) che non a quella rigorista dallo stesso Polacco propugnata nella stessa polemica. Lì la conclusione, pur con qualche inefficace ammissione ([183]), poggiava sulla impossibilità per il cultore del diritto positivo italiano di «porre da un canto le idee filosofiche, siano pure antiquate, ch'ebbe il nomoteta» ([184]), qui, a proposito del patrimonio di idee del legislatore, più che di quello presente nel *dies legis* e inserito nella legge, si parla — con linguaggio che ricorda proprio il lessico tipico di Kohler — di «progressiva sua esplicazione», di una legge che è un contenitore aperto e disponibile a riempirsi di fatti nuovi, a subire i fatti nuovi; ed assume rilevanza, come nella concezione kohleriana, la vita della legge nello spazio e nel tempo, come assume rilevanza la catena ininterrotta delle generazioni rispetto al seme del primo generante, ad esso legate da un vincolo sempre più tenue man mano che ci si distanzia dall'atto iniziale della generazione prima. L'immaginifico Polacco, così proclive a colorire di buona retorica la sua pagina tecnica, si confessa nel confezionamento della immagine: il disegno dice ciò che non dicono le parole, o lo dice più efficacemente.

([182]) *Ibidem*, p. 60, nota I.

([183]) *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali*, p. 814, col. prima, in principio, dove, con frase più permissiva, sembra che «si adatti pure la legge, fino al punto in cui il testo lo consenta, ai nuovi bisogni e alla corrente nuova di idee»; frase smentita subito dopo.

([184]) *Ibidem*, p. 814, col. prima, in calce.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sono, queste, significative ammissioni di un non-giusliberista che ha assorbito non poco, forse più inconsciamente che consciamente, da quanto circola nell'aria dei primi anni del Novecento. Lo schermo della legge resta, ed è schermo necessario anche se non più impenetrabile; la legge appare qui più come un filtro ordinante che come una fonte esclusiva. Analoga conclusione si deve trarre dall'altra direzione segnalata da Polacco, quella delle cosiddette «clausole generali» che costituiscono «nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratorî perché gli consentono di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adatti con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda» ([185]); ossia i riferimenti al buon costume, all'ordine pubblico, alla buona fede, e via dicendo. Finestre aperte sul divenire sociale e strumenti adeguati in mano al magistrato per «sviluppare» il diritto vigente senza «calpestarlo» ([186]).

Due sono per Polacco, giurista aggiornato che vuol vivere con sintonia il proprio tempo, gli spettri da rimuovere: il risecchimento di forme legislative sempre più separate dalla realtà; il grossolano calpestio della legge scritta come è accaduto per taluno di quei singolarissimi organi giusdicenti che sono, in Italia, dopo la legge del '93, i collegi probivirali ([187]). Una via mediana da percorrere può essere rappresentata da quegli inserimenti di dati morali, sociali, di mero costume che il legislatore stesso provvede a compiere; Polacco cita l'art. 1124 Cod. civ. ([188]), ma pensa anche — lui, conoscitore provetto del BGB sin dai tempi del primo *Entwurf* — ai «königliche Paragraphen» 157 e 242 sulla buona fede ([189]).

Notabile il linguaggio polacchiano: «organi respiratorî». Il giu-

---

([185]) *Le cabale del mondo legale*, p. 60.

([186]) Il contrappunto dei due verbi è usato precisamente da Polacco (*ibidem*, p. 61, nota I).

([187]) Talvolta «i nostri collegi probivirali esercitarono un ufficio pretorio nel senso romano, calpestando e non semplicemente sviluppando norme di diritto vigente, il che è sempre male» (loc. ult. cit.).

([188]) «quel precetto del Codice che, nella deficiente disciplina del contratto di lavoro, fu come il germe di tutta una lussureggiante fioritura di massime ad opera dei probiviri, il precetto cioè che debbano i contratti eseguirsi di buona fede ed obblighino, oltre a quanto vi è espresso, alle conseguenze che ne derivano secondo l'uso e l'equità» (*ibidem*, pp. 60-61).

([189]) Cfr. sul punto D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1970, passim ma soprattutto p. 195 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rista non cita una fonte precisa, ma questa è chiaramente individuabile in quei *Ventilbegriffe* che sono un termine tipico coniato da un giusliberista conosciuto assai bene ed utilizzato da Polacco, il giurista austriaco Karl Georg Wurzel ([190]) e che diventano un topos circolante in tutta la letteratura del movimento; un linguaggio che è larvato tributo alla «cosiddetta scuola libera del diritto». Anche il concreto risultato è avvicinamento ad essa, giacché è proprio per il tramite di siffatti organi respiratorii che si consegue «una sufficiente latitudine per un'azione del magistrato socialmente benefica» ([191]). Tutto deve però passare attraverso il filtro della legge per essere accettabile; si potrà anche concepire un giudice munito di una determinata sfera di libertà e non soltanto come soggetto sillogizzante; si potrà anche arrivare alla amara e psicologicamente assai costosa diagnosi che gli attuali rigorosissimi freni legalistici alla sua azione possano e debbano essere rivisti, e possano e debbano essere rivisti e mutati i tradizionali canoni ermeneutici «dato che quelli in vigore rivelino la loro impotenza» ([192]), ma tutto dovrà essere instaurato mediante la legge «sì che nulla vi possa il capriccio dei singoli» e non si cada nell'anarchia «sperduti senza guida nel pulviscolo dei casi singoli» ([193]).

La legge, ovviamente, non perde il carattere di insostituibile strumento ordinante, l'unico in grado di garantire una «guida» che superi il particolare grazie alla sua capacità di percepire i valori universali della società, ma è già molto che si ipotizzi una possibile impotenza della imperante dommatica ermeneutica e si offra dello stato presente del sistema delle fonti un quadro affatto demistificato, forse addirittura impietoso. Agli occhi di Polacco, il «bon juge Magnaud», così immerso nella dimensione episodica dell'equità e della giustizia spicciola, resta un nemico da combattere, ma un animo nuovo sembra leggere diversamente l'art. 3 delle preleggi,

---

([190]) K.G. WURZEL, *Das juristische Denken. Studie*, Wien, Perles, 1904 (Oesterreich. Zentralblätte für die juristische Praxis, XII Jahrg.) pp. 83-93 (una seconda edizione dell'opera è stampata a Vienna venti anni dopo). Secondo la testimonianza retrospettiva di Hermann Kantorowicz, Wurzel è da ascriversi — insieme a Ehrlich e a Steinbach — tra i fondatori austriaci del movimento già nel 1902 (cfr. H. KANTOROWICZ, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, Mannheim, Bensheimer, 1925, p. 4).

([191]) *Le cabale del mondo legale*, p. 61.

([192]) *Ibidem*, p. 62.

([193]) Loc. ult. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mentre occhi rinnovati cercano aperture in un sistema legislativo ora avvertito come troppo angusto e chiuso.

I segni dei tempi gremiscono il discorso di Polacco e ne fanno un saggio indimenticabile, anche se troppo dimenticato, nel paesaggio fortunatamente non sterile della riflessione civilistica italiana del primo Novecento; un saggio non dimenticabile perché inquieto, tormentato, venato di perplessità, collocato sul terreno labile della mutazione. *Inquietum est cor nostrum*: la confessione di Agostino si addice a questo giurista di cinquant'anni, certamente non apostata ma certamente segnato dalla insoddisfazione, che prende lo spunto da un discorso *extra moenia* (in una generica sede accademica, l'Istituto veneto, e con un pubblico prevalente di non-giuristi) per inseguire con sincerità il filo dei suoi pensieri e redigere una sorta di pubblica confessione; che, come tutte le confessioni, parte da un accurato esame di coscienza. Sotto questo profilo, le «cabale» di Polacco fanno spicco non soltanto sugli incontrollati entusiasmi dei neofiti giusliberisti ([194]) ma anche sulla sorda impermeabilità di Francesco Ferrara, che è pure una delle figure più complesse e più significative della civilistica all'inizio del secolo ([195]).

7. I decreti-legge del Governo italiano in data 3 gennaio 1909 in conseguenza del terremoto calabro-siculo non lasciano indifferente Polacco sempre così attento e preoccupato per la normazione speciale ed eccezionale dello Stato e per il suo attrito col sistema codificato, e gli offrono di proseguire e confermare analisi e proposte avanzate l'anno prima ([196]).

Un dato saliente viene sottolineato e accolto con aperto favore, ed è la espressa concessione al giudice di ampii spazii equitativi ([197]). Il lettore ne rimarrà sorpreso e penserà a una imprevista conversione

([194]) Come Raffaele Majetti, e basta a convincercene la sua prefazione alla traduzione italiana del manifesto di Kantorowicz (cfr. supra, p. 231).

([195]) Il riferimento è soprattutto al saggio su *Potere del legislatore e funzione del giudice*, che Ferrara pubblica nel 1911 sulla neo-nata «Rivista di diritto civile. e che è tutto una requisitoria contro «l'insano movimento» giusliberistico (vedilo ora in F. FERRARA, *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1954; la frase surriportata si legge a p. 11).

([196]) *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo*, in *Rivista di diritto civile*, I (1909).

([197]) «la prima cosa che favorevolmente colpisce chi consideri attentamente i decreti in esame è il richiamo all'equità che vi si legge frequente» (*ibidem*, p. 339).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al già rifiutato verbo magnaudiano; ma non è così; anzi, qui si calca ancor più la mano contro il crescente giusliberismo ([198]). Polacco non è entusiasta del giudice d'equità; è entusiasta invece che al giudice l'equità sia data dal legislatore e mediante una legge dello Stato. Il suo stato d'animo non è dissimile da quello che sorreggeva l'articolato discorso su «le cabale»: percezione d'una necessità di aperture e, quindi, di una corrispondenza maggiore fra sistema normativo e società in movimento, percezione anche dell'esigenza di un relativo pluralismo che valga a integrare l'insufficiente monocrazia della legge, quindi anche percezione di un ruolo maggiore da attribuirsi al momento applicativo. A una non transigibile condizione, tuttavia: che queste finestre sui fatti fosse il legislatore ad aprirle, che ciò avvenisse entro il quadro di riferimento fornito dalla legislazione positiva. In tal caso, si può anche sforzare il concetto dell'art. 3 o i richiami del Codice civile alla buona fede, perché in tal caso continua a esser salvo il principio «costituzionale» del primato della legge.

Sotto questo profilo, i decreti-leggi del 1909 sono benvenuti perché intesi come conferma d'una ipotesi scientifica ([199]). Il giudice può anche esser fornito di poteri d'equità, ma non perché ciò consegua alla sua natura, per un carattere interno alla sua funzione, bensì per una attribuzione che gli piove addosso dall'esterno e dall'alto, come esige una retta applicazione del principio costituzionale della divisione dei poteri. Urla Polacco rivolto ai giusliberisti: «se vero fosse che il giudice ha già di per sé la facoltà di temperare il diritto vigente adattandolo alla varietà delle circostanze coi dettami della equità, più che mai si sarebbe dovuto sottintendere un simile potere nel caso attuale... e invece tanto poco si ravvisò connaturale al suo ufficio una tal facoltà, che si credette dovergliela espressamente attribuire con ripetute statuizioni» ([200]).

Il plagio illuministico riemerge in tutta la sua virulenza e non permette a Polacco di rendersi conto della incredibile ingenuità del discorso proprio sul piano logico, sul quale appare come autentica

([198]) «esiste e sempre più tende a rafforzarsi una corrente detta del *Diritto libero* che tale facoltà [di temperare il diritto vigente] reputa sempre tacitamente compresa fra gli attributi dei giusdicenti. Pericolosa tendenza, per quanto ammantata di umanitarismo, contro la quale insieme con altri ho cercato anch'io, non è molto, di reagire con tutte le mie forze» [cita il saggio su «le cabale»] (*ibidem*, p. 341).

([199]) «ecco ora questi decreti-legge venire in nostro aiuto.... (*ibidem*, p. 341).

([200]) Loc. ult. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

petizione di principio. Il legislatore non poteva che presupporre il principio costituzionale, il diritto positivo già esistente, l'ideologia giuridica imperante, ribadire l'idea di un giudice *servus legis*, concedere i poteri d'equità come circostanza eccezionale senza nessuna implicazione per le regole del sistema, tanto più che il legislatore era la voce che esprimeva quella «costituzione», quel diritto positivo, quella ideologia.

Al di là di questi rilievi, il saggio del '909 è notabile perché ribadisce la scelta per la legge ma anche per gli «organi respiratorii» di essa, il timore per una separatezza che può cambiarsi tosto in risecchimento. Atteggiamento costante di Polacco, che negli anni successivi — per vicende personali del giurista e per vicende dell'intera società italiana che su lui si ripercuotono — tenderà ad acuirsi. Il 26 gennaio 1910 il Nostro è nominato Senatore del Regno, ed ha inizio per lui non una sonnacchiosa presenza sui seggi di Palazzo Madama ma una attività intensissima nel procedimento di legiferazione con interventi e relazioni su molti disegni di legge ([201]), con risultati di profonda incisività per temi rilevantissimi come la cittadinanza, o il nuovo ordinamento del notariato ([202]). Come «legislatore» il giurista Polacco si trova, per così dire, a cavalcioni fra diritto positivo e mondo dei fatti, o — se si vuole, per riprendere un'immagine già usata — affacciato alla finestra che prospetta sui fatti, a uno di quegli «organi respiratorii» di cui lui ha parlato dietro Wurzel. Posizione ideale per intensificare una dialettica interiore che è stata sempre vivissima. E poi, la guerra, la vicenda nazionale della guerra che investe il paese, che impone una legislazione eccezionale sotto l'urgenza di tanti fatti nuovi. Leggi occasionali ma assai incarnate, grevi di fattualità e di idealità, che costituivano un cumulo allarmante di smagliature, incrinature, integrazioni, e anche smentite delle regole del Codice; che lo smentivano soprattutto come legge formale ed astratta progettata per sempre.

La prima guerra mondiale è, sotto il profilo dei molti provvedimenti provvisorii ed eccezionali, un evento che solca e modifica la continuità della storia giuridica, che marca un prima e un dopo quali paesaggi qualitativamente e non solo cronologicamente diversi per il

([201]) Per convincersene, basta dare una scorsa alla bibliografia polacchiana riportata in calce alla commemorazione tenuta da Ascoli e menzionata alla nota 2, dove sono segnalati i suoi discorsi e le sue Relazioni in Senato.

([202]) Il riferimento è alle leggi 13 giugno 1912, n. 555 e 16 febbraio 1913,n. 89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giurista. Polacco, il senatore Polacco, ne è investito in pieno; direi di più: si lascia investire. Talora il suo sempre latente nazionalismo lo fa troppo remissivo a una retorica bassa e insopportabile, ma, se si riesce a sfrondare la testimonianza da questi orpelli aduggianti, la consapevolezza della transizione, di qualcosa di profondo che sta maturando per il divenire del diritto italiano, è il sentimento prezioso che affiora con maggiore vivacità. Fra i varii temi di cui il «senatore» si occupa, uno ci sembra da sottolineare, e per la sua intrinseca rilevanza, e per la sua idoneità a rivelarci lo stato d'animo del civilista: il problema del risarcimento dei danni di guerra; è ad esso, d'altra parte, che Polacco profonde attenzione ripetutamente (203).

Siamo nella prima metà del 1918; la guerra volge al termine, ed è già tempo di bilanci e di progetti. «Redentrice di secolari ingiustizie, questa guerra, che non ha l'eguale nella storia, è il crogiuolo ardente in cui tanta parte del pubblico e del privato diritto si riplasma e si rinnova» (204).

Si mondi idealmente la frase dal vieto linguaggio stentoreo, e ne resterà la sostanza solida di un giurista che non si straccia le vesti di fronte all'euritmia calpestata del Codice ma che prende atto speranzoso e curioso delle vistose innovazioni cogliendole non come scandalose ferite bensì come anticipazione di futuro. Il salvataggio di sempre — la coscienza della transizione — è anche qui presente e salvante, solo che il macro-evento della guerra e della pioggia di decreti delegati la rende immediata come non mai (205).

---

(203) Innanzi tutto, con la Relazione presentata al Presidente del Consiglio dei Ministri l'11 febbraio 1918 *Sul risarcimento dei danni di guerra* e che pubblica sulla *Rivista di diritto civile*, X (1918); poi, con la conferenza detta al Circolo giuridico di Roma, il 26 maggio 1918, *Risarcimento dei danni di guerra*, in *Bollettino del Circolo giuridico di Roma*, VI (1918); infine, con *Schema di un disegno di legge sul risarcimento dei danni di guerra* (redatto in collaborazione con Francesco Carnelutti) riprodotto in *Rivista del diritto commerciale*, XVI (1918) — P.I., p. 346.

(204) *Risarcimento dei danni di guerra*, cit ., p. 4 (estr.).

(205) Lo storico del pensiero civilistico novecentesco sa bene che questo non è un privilegio del solo Polacco. Basti pensare alle riflessioni di Pietro Cogliolo, Roberto De Ruggiero, Francesco Ferrara, Filippo Vassalli; ad Alfredo Ascoli, che tiene banco proprio su questo tema con apposita rubrica sulla «Rivista di diritto civile» (per la «rubrica» di Ascoli e, in genere, per un esame di quanto avviene nel laboratorio della «civile» negli anni '15-20, cfr. ora G. FURGIUELE, *La «Rivista di diritto civile» dal 1909 al 1931*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVI (1987), p. 577 ss.), e a Gino Segré, che scrive ripetutamente nella «Rivista del diritto commerciale»

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È singolare il richiamo insistente alla «coscienza giuridica» come «coscienza popolare» — in una accezione che molto ha di populista e molto poco di romantico — e l'intendimento della improvvisa alluvione di novità legislative come una registrazione a livello formale della non resistibile evoluzione di quella ([206]). E la coscienza popolare è il tramite sicuro per l'ingresso nel mondo del diritto di idealità e principii di natura squisitamente morale. L'eccezionalità del momento, vissuto con una caldissima partecipazione dal nazionalista Polacco, consente qualche smagliatura populistica — tutto sommato assai stonata — in una linea di approccio con la dimensione sociopolitica che è costantemente di distacco e di rifiuto di umoralità, ma consente anche allo spiritualista di sempre di vedervi il «crogiuolo» — ripetiamo pure la sua immagine di prima — in cui si rompono vecchie chiusure, si superano vecchie «cabale» e si ha un rapido processo di osmosi fra giuridico e metagiuridico, altrimenti lentissimo fra mille invincibili resistenze.

La guerra — «questa guerra, che non ha l'eguale nella storia» — come momento liberatorio dai troppi misoneismi che popolano il pianeta del diritto, perché permette, nell'allentarsi della consueta vigilanza del potere politico, l'inserimento di forze morali estranee all'ordine attuale ma anticipatrici di un ordine futuro. Qui c'è accordo pieno anche con Geny: la pressione dello «elemento ideale» «come coefficiente di creazione e sviluppo del diritto positivo di un popolo» ([207]), mentre «vengono così acquistando via via cittadinanza nel vero e proprio dominio giuridico istituti e principî che non l'avevano in passato» ([208]).

Un siffatto discorso introduttivo è per Polacco preparatorio di un più specifico discorso, che, calando nel tessuto del diritto positivo, coglie un certo ideale morale che diventa istituto giuridico, un patrimonio della coscienza morale che lo diventa anche della coscienza giuridica, e giustifica lo zelo del giurista-legislatore ad agevolargli l'ingresso nell'ordinamento statuale come legge positiva. Nel 1918, il problema — eticamente e giuridicamente più grave — che il

---

«su alcuni provvedimenti in materia di diritto privato emessi in occasione della guerra».

([206]) *Risarcimento dei danni di guerra*, pp. 3-4-5.

([207]) *Ibidem*, p. 9, dove si cita, con piena adesione, pagine della più recente sistemazione di Geny «Science et technique en droit privé positif», che è del 1915.

([208]) Loc. ult. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

civilista ha di fronte è quello del risarcimento per i danni arrecati dalla guerra, risolto fino a ieri in una visione che privilegiava la maestà dello Stato rispetto alle situazioni dei privati; da ultimo, era stato così in un Regio Decreto del 1913 conseguente alla guerra coloniale di Libia [209]. «Ma è tale... il rivolgimento che un siffatto cataclisma mondiale ha già apportato e più apporterà... nei tradizionali concetti giuridici, che... non sarà da stupirsi, che, a distanza di soli cinque anni, la legislazione nostra muterà diametralmente indirizzo» [210]. E lo muterà per l'opera congiuntamente scientifica e parlamentare del senatore Polacco: oggi, stante il grado raggiunto dalla comune coscienza etico-politica, il giurista ha il dovere professionale di parlare ormai di «autolimitazioni dello Stato moderno inconcepibili un tempo», di ammettere «autoobbligazioni», «obbligazioni che lo Stato giuridicamente contrae verso i cittadini» pur in rapporto a suoi legittimi atti di imperio quali quelli connessi alla guerra [211], con la conseguenza novissima che alla pretesa del privato non può che esser dato «il carattere di diritto a risarcimento, non di semplice assistenza o soccorso» [212]. E questo è un grosso passo innanzi verso una costruzione dello Stato di diritto meno turlupinatoria di quella compiuta dietro le oleografiche facciate post-risorgimentali.

Resta il problema squisitamente tecnico dello sforzo dottrinale «per incasellare in uno od altro dei vecchi schemi il diritto in questione» [213], sforzo encomiabile e segno indubbio che il principio circola nella pubblica coscienza e chiede una definizione, anche una definizione legislativa [214]. Questa «impaziente catalogazione giuridica» [215], se è sempre professionalmente un fatto positivo che testimonia l'entusiasmo e l'attenzione dei giuristi, può però tramutarsi, se troppo impaziente e non sorretta da una coscienza precisa della transizione, in una operazione culturalmente improvvida e vanificante. Qui il civilista ha bisogno di coraggio, del coraggio di scrollar-

[209] È il Regio Decreto 13 maggio 1913, n. 441 relativo ai danni di guerra in Tripolitania e in Cirenaica (su cui POLACCO, *Risarcimento dei danni di guerra*, pp. 10-11.

[210] Loc. ult. cit.

[211] *Ibidem*, p. 9.

[212] *Ibidem*, p. 10.

[213] *Ibidem*, p. 12.

[214] «quando i giuristi si affannano a trovare la nicchia meglio adatta ad accogliere un fenomeno nuovo, segno è ch'esso batte in modo prepotente alle porte dell'edificio legislativo» (loc. ult. cit.).

[215] *Ibidem*, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si di dosso i luoghi comuni e un insano patriottismo di disciplina. Guai se egli tenta di risolvere il problema soltanto con gli strumenti della sua specifica tradizione e del suo laboratorio esclusivo, perché rischia di ripetere forme senza vita, geometrie inadeguate a descrivere nuove figure. E Polacco non esita a respingere l'ipotesi di chi propone lo schema della *negotiorum gestio* «a cui nella sistematica così di frequente si ricorre come all'asilo dei trovatelli» ([216]), di chi «pesca nell'armamentario civilistico la figura ormai frusta del quasi contratto» ([217]) compromessa ai suoi occhi soprattutto dalla riesumazione fattane in seno al detestatissimo «solidarismo giuridico» ([218]). Quando, invece, l'unica scelta sensata è la constatazione della impotenza delle categorie civilistiche a inquadrare senza costrizioni la materia dell'indennizzo per danni di guerra, della natura eminentemente pubblicistica del rapporto e, quindi, della doverosa «classazione» — dietro l'insegnamento del suo amico Cammeo — «fra i diritti subiettivi civici compatibili con atti legittimi dello Stato» ([219]). Coraggioso realismo d'un civilista, che è lettore attento dei segni dei tempi.

([216]) *Ibidem*, p. 12.

([217]) *Ibidem*, p. 13.

([218]) Detestatissimo soprattutto in ragione della sua ipocrisia: è ipocrita perché è soltanto un mantello perbenistico per coprire istanze socialistiche («il socialismo cosiddetto giuridico — aveva detto ne *Le cabale del mondo legale*, p. 66 — e quel solidarismo che ne è, si può dire, il fratello germano»); è ipocrita per quel suo metodo artificioso di operare una revisione dell'ordine giuridico esistente continuando a usare — magari stravolgendoli — i vecchi arnesi dello strumentario civilistico quasi per non intimorire troppo i benpensanti (ne *Le cabale del mondo legale*, pp. 66-67, egli soggiungeva dopo il discorso or ora riportato: «o non sono anzi anche più artificiosi gli sforzi loro, o per plasmare la società nello stampo del quasi contratto o per ridurre la lotta di classe al tipo civilistico di due opposte ragioni di credito, più artificiosi, io dico, che non fossero quelli di Bartolo e dei suoi per inquadrare nel Digesto i dibattiti fra la potestà laica e la pontificia?»). Lo stesso malcelato atteggiamento ironico del 1918 è già il sale del saggio di dieci anni prima. Qui, a conclusione, scriveva: «Non discuto... noto solamente ed ammiro. Noto questi tentativi di ritorno al vetusto arsenale giuridico, per trarne strumenti di redenzione, quelle armi istesse che malediceansi poc'anzi come asservite agli oppressori. Ammiro questa eterna giovinezza della scienza del diritto, dalla cui tecnica, mirabilmente flessibile, si invoca la formula, che fughi lo spettro di sanguinose ruine, che ridoni salute all'umanità sitibonda di giustizia e di pace» (loc. ult. cit.). Pagina dove convivono un cumulo di comprensioni e incomprensioni, ma felicissima per un fine sentimento di sottile ironia che la pervade.

([219]) Densa e significativa tutta la pagina 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8. Tutto l'itinerario seguito con attenzione fino ad ora ha il suo culmine e la sua conclusione nella prolusione con cui Vittorio Polacco, il 17 dicembre 1918, prende possesso di quella che, allora, sembrava essere una definitiva mèta accademica, la cattedra romana di Diritto civile. I motivi, gli sviluppi, gli intrecci di una vicenda scientifica singolare, che abbiam cercato di disegnare tentandone una effettiva comprensione, sono ricomposti in questo documento scritto nella estrema maturità del Maestro, quando la burrasca della guerra è ormai passata e sembra giunto il tempo di un bilancio consuntivo e preventivo non effimero e non fallace.

La tragedia della guerra ha liberato forze che l'ordine tradizionale manteneva sopite e represse, ma ha generato insicurezza scuotendo l'edificio da capo a piedi; il sentimento della transizione rapida e violenta porta Polacco a riaffermare, al di sopra della mutazione quotidiana, l'esigenza di punti fermi orientativi, quel «diritto naturale sociale e progressivo» il cui contenuto egli non precisa, che vuol essere un continuo inserimento di valori nella storia e, come tale, differenziarsi nettamente dalle inservibili favole del giusnaturalismo settecentesco ([220]). Anche in quest'ultima solenne lezione accademica, è il contrappunto di sempre fra eterno e variabile, ideale e storia, a dominare la scienza. E, sempre, la riaffermazione di una visione né formalistica né riduttiva dell'ordine giuridico. Le recenti esperienze, soprattutto quella socio-politica della guerra e quella culturale del giusliberismo, complicando il vecchio paesaggio delle fonti volutamente scarno ed essenziale, rendono più complessa la coscienza del giurista, inseriscono perplessità nelle sue scelte.

Se non è più condivisibile l'idea della *onnipotenza* della legge e la visione ingenua (o ideologicamente guidata) del legislatore taumaturgo; se è respingibile perché disfattista l'idea opposta della *impotenza* della legge ([221]); è suadente e conquistante invece la concezione mediana di una legge non compatta e non chiusa, dotata di molte aperture verso l'esterno, verso il mondo dei fatti; e ritorna con compiacimento l'immagine wurzeliana — felicemente adoperata ne «le cabale» — «di quegli organi respiratorî che già la legislazione vigente possiede (ebbi altra volta a notarlo) per poter vivere e conservarsi

([220]) *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, pp. 5-8.
([221]) *Ibidem*, p. 11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pur salendo ad altezze ove l'aria si fa sempre più ossigenata e frizzante » [222].

Ma qui vi è qualcosa di più rispetto al saggio di dieci anni prima. Non si tratta soltanto di guardare con favore alle clausole in bianco della buona fede e del buon costume, ma di «incoraggiare il legislatore ad aprire ancora qualche altro di siffatti spiragli attraverso i quali passino la luce e il calore necessari eventualmente allo sviluppo di germi economici nuovi» [223]. Il monopolio del legislatore rischia di provocare una separazione isterilente fra società civile e sistema normativo, mentre il giudice, immerso nel particolare, se risente tutti i condizionamenti del particolare, gli è anche così vicino e partecipe da rendersene fedelissimo. Il giudice, ieri aborrito perché dominabile dalle passioni e coinquinato nelle risse delle parti, subisce una indubbia rivalutazione ed è chiamato a cogestire la produzione dell'ordinamento in una visione che dà finalmente un ruolo attivo al momento della applicazione.

Polacco non si nasconde dietro inutili foglie di fico, è totalmente disinibito da ciò che è avvenuto in questi primi anni del Novecento così gremiti di fermenti. Se il giusliberismo resta un'eresia e se i giudici alla Magnaud restano per i suoi occhi una perversione [224], la visione del sistema positivo privatistico, che propone, è profondamente innovata. Egli supera infatti il discorso sulle clausole generali e arriva a chiedere apertamente «poche e sobrie leggi di diritto privato, che concedano esse stesse al giudice libertà di movimento entro l'orbita di taluni veramente capitali principii e senza ingombro di eccessiva casistica» [225]. Più che un sistema legale fornito di adeguate aperture, la legislazione civile appare, in questa estrema versione, ridotta al rango di un nucleo essenziale di leggi-quadro nella cui cornice il giudice spazia dotato di un autentico potere discrezionale [226].

---

[222] *Ibidem*, p. 13.

[223] Vedi le esplicite affermazioni alle pp. 13 e 14.

[224] Loc. ult. cit.

[225] Polacco precisa che egli si riferisce al diritto privato in senso stretto, cioè al campo dei rapporti fra privati. Nel territorio delicatissimo dei rapporti fra Stato e privati una minuziosa legislazione appare invece maggiormente garantistica. Nell'ambito della prima ipotesi — ribadisce il Nostro — «non si tratta di tutelare i singoli contro il temuto soverchiar dello Stato, ma di allargare la potestà del giudice che siede fra i singoli posti in perfetta parità a lui dinanzi» (*La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 15).

[226] *Ibidem*, p. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se il giusliberismo è un'eresia e se eretico è il giudice Magnaud, eretica è anche questa conclusione almeno rispetto alle dommatiche costituzionali che governavano e comprimevano il diritto privato. È che non è più tempo di dommatiche. È che la guerra del 1915-18 ha eroso certezze e valori prima assoluti, ha reso discutibile e disponibile quanto sembrava appartenere a un sacrario più che a un laboratorio sociale. Innanzi tutto il principio di rigorosa divisione dei poteri progressivamente sostituito dall'idea della reciproca loro «permeabilità... per una specie di fenomeno capillare» ([227]). E il giurista è lì a constatare senza molti rimpianti che «quella ripartizione rimane sì tra le massime guarentigie costituzionali, ma più non si ha la pretesa di poter separare con un taglio netto l'un potere dall'altro» ([228]), e a contemplare la legislazione speciale recentissima tutta dedita a istituire commissioni giudicanti in materie privatistiche secondo i dettami dell'equità.

In questo momento pare a Polacco di assistere a un fenomeno di attenuazione (se non di abbattimento) di tante confinazioni tradizionali: anche lo steccato che separava il diritto pubblico e il privato cede a una osmosi continua; invece delle due *positiones iuris* ulpianee individualisticamente pensate fino ad allora come due linee che corrono parallele e non si toccano, è la loro «parentela... sempre più stretta», è «la mutualità dei servizî fra loro» che viene sottolineata e stimolata ([229]). Lo stillicidio di leggi speciali, l'analisi dissacrante del giusliberismo, l'alluvione della normativa eccezionale di guerra hanno infranto molti idoli e hanno scoperto il volto segreto di parecchie «verità» della vecchia cultura giuridica; ha, in modo particolare, affrancato il giurista più aperto, ne ha mutato la psicologia. È ciò che è avvenuto in Polacco e che la prolusione romana dichiara: ci si inoltra con disinvoltura in territorii prima interdetti, si maneggiano idee e soluzioni prima proibite ai benpensanti, si guarda alle innovazioni anche eversive introdotte dalle leggi di guerra non inorridendo di fronte alla tunica della tradizione giuridica ora stracciata e vilipesa, ma contemplando in essa, con curiosità e soddisfazione insieme, i semi lanciati nel futuro.

Questo approccio psicologico mi sembra significativo; che è quel-

([227]) Loc. ult. cit.
([228]) *Ibidem*, p. 13.
([229]) loc. ult. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lo di colui che assiste felicemente a un evento fausto di nascita e non luttuoso di morte. Dei due aspetti di questo momento bifronte di transizione, un passato che si esaurisce e un futuro che si va concependo, è il secondo che prevale e qualifica il momento e lo contrassegna con l'auspicio di istituti nuovi di zecca ([230]), con lo sguardo attento e ammirato rivolto al Diritto commerciale che in grazia della «snellezza dei suoi saldi garretti» è l'avanguardia del diritto privato ([231]).

La prolusione polacchiana è documento che si proietta per l'innanzi, coraggiosamente, documento non sguaiato, non iconoclasta, non demagogico, com'è nello stile del personaggio, ma coraggioso, venato da qualcosa di più di quel «coraggio della moderazione» che è frase leggibile nel suo seno e che da esso abbiamo trasportata e inscritta nel nostro saggio. Il sistema delle fonti ne esce riveduto, reso più complesso; il legalismo si riduce — con la proposta di una base di leggi-cornice — a una garanzia di uniformità e di un minimo di certezza per l'ordinamento positivo tollerando accanto, come produttive, forze capaci di rispettare la varietà e plasticità della transizione orecchiando le voci del «particulare». La astrattezza civilistica si condensa in un nucleo intorno a cui e su cui è un brulicare di creature che non nascondono il loro carico di storicità, per le quali si reclama come privilegio quello di esaltare e tutelare la storicità.

([230]) «i provvedimenti eccezionali... molti fra essi... sopravviveranno alla guerra perché hanno saputo finalmente attuare principî indarno invocati» (*ibidem*, p. 16). Con un fermo auspicio di rinnovamento: «è tempo finalmente che cessi quel sacro terrore ad affrontare certe questioni e riforme di vitale interesse economico sociale, per cui troppo spesso vedemmo in passato trascinarsi, cadere e riprendersi di sessione in sessione o da una ad altra legislatura importantissimi disegni di legge»; e un riferimento, a mo' d'esempio: quello dei ripetuti disegni di legge sui cosiddetti «beni di famiglia» (loc. ult. cit.).

([231]) il «vero bersagliere del diritto privato», come lo chiama Polacco nel suo sempre coloritissimo linguaggio (*ibidem*, p. 17). Avanguardia del diritto privato sotto più di un profilo: da un lato, nel portare avanti una visione nuova e più adeguata ai tempi dei rapporti fra capitale e lavoro nella organizzazione imprenditoriale (è significativa la citazione freschissima del saggio pubblicato sulla «Rivista del diritto commerciale», proprio in quello stesso anno 1918, da Cesare Vivante su «La partecipazione dei lavoratori agli utili delle società per azioni»); da un altro, nel portare avanti una visione maggiormente cosmopolitica dell'ordine giuridico perseguendo la costruzione di un diritto uniforme delle obbligazioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

NELSON SALDANHA

A TEORIA DO «PODER MODERADOR» E AS ORIGENS DO DIREITO POLITICO BRASILEIRO

Tentaremos situar, no presente trabalho, a posição da teoria do poder moderador na fase de formação do «direito político» brasileiro. Estamos utilizando a expressão direito político, de curso relativamente recente e ainda escasso entre os juristas brasileiros, para designar algo afim ao *Staatsrecht* — distinto do *öffentliches Recht* — e ao *Derecho político*, ou seja: para aludir ao campo de temas e conceitos que engloba o Direito em suas conotações especificamente políticas, e o Estado em seu incancelável aspecto jurídico.

Seria provavelmente lógico buscar as origens do Direito político — e do Direito *público* — no Brasil a partir de nossa existência como Estado. A fórmula é singela, mas sobretudo deslizante, pois em verdade nossa «existencia como Estado» não é algo que se configure con clareza, a não ser que entendamos como transe histórico decisivo o momento formal da Independência». Por mais que saibamos o quanto de precário houve naquela «Independência», e por mais que possamos hoje considerar como meramente formal o *status* de país soberano que o Brasil adquiriu naquele momento, temos de tomar a este mesmo momento como un marco: um corte sobre a condição amorfa e expressamente «dependente» da colônia, um ponto de partida para responsabilidades históricas específicas.

Eis o quadro: a América chamada «do Norte» com uma vida política consolidada desde alguns decênios; dos demais países latíno-americanos — os da América dita hispânica —, quase todos emancipados em forma de repúblicas; o Brasil emergindo para uma nuova ordem constitucional em meio aos ecos de algumas rebeliões recentes e aos lances de um novo movimento, a «Confederação do Equador». As rebeliões não haviam logrado a libertação do país, e a «Confederação» não teria maior êxito, ficando para a história o

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

passo à Independência como obra de alguns homens especiais, em especial conjuntura.

Mencionei acima a nova *ordem constitucional*. Não seria mero acaso que o saimento destas nações para o mundo histórico coincidia com os restos amortecidos mas ainda eficientes do importante movimento chamado constitucionalismo, que, no Ocidente, correspondera no nascedouro ao das codificaçoes. Estes dois movimentos haviam refletido a retomada, dentro dos primeiros desdobramentos do Estado Moderno — e por conta dos modelos sociais e políticos montados pelo espirito burguês — da velha e ilustre divisão romana do direito em *público* e *privado*. O constitucionalismo, ao tentar a conjugação entre ordem e liberdade (1), pondo em forma escrita as limitações ao poder, tentava ser uma formulação política do direito e uma formulação jurıdica da política: o poder se annunciava em termos jurídicos e o Direito se apresentava como lei.

Na América Latina, os ecos do constitucionalismo coincidiriam com os fermentos românticos. Ne Europa o constitucionalismo fora um episódio de estilo clássico, contemporâneo de Revoluçao Industrial, do iluminismo e dos quadros de David; na América Latina ele entrava junto com a primeira geração romãntica, com o conservadorismo e com as obras francesas da época da Restauração (2). O quadro socioeconômico diferia do que tinha sido o da Europa nos fins do setecentos: populaçoes mestiças mantidas em óbvia inferioridade, minorias brancas divididas entre o interesse social e o papel de elites educadas em livros europeus. Assim no Brasil, onde as leituras francesas, que vinham sendo marcantes desde o tempo dos Árcades, aproximavam os jovens das teorias mais «avançadas», mas os colocavam, em termos de cultura pessoal e de eficiência intelectual, a enorme distância em relaçao ao que se chamava de *povo*.

Ao que se chamava de *povo*: aqui tentaremos colocar uma breve reflexão. Um dos pontos mais significativos do chamado legado clássico constitiu na presença do *povo* no centro do quadro politico, como base dos processos de transformação e como ponto de

(1) Nicola MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà*, ed. Utet, Turim, 1976.

(2) Cfr. Carlos SANCHEZ VIAMONTE, *Bases Esenciales del Constitucionalismo latinoamericano*, ed. Abeledo Perrot, B. Aires 1959; David PANTOJA MORÁN, *La idea de soberania en el constitucionalismo latinoamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1973.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

referência dos valores teóricos. Isto ocorreu na Grécia, onde a liberdade (*eleutheria*) foi um valor político constante e onde o *demos* serviu de suporte para experiências e conceitos tornados exemplares. E ocorreu em Roma, onde o *populus* (de onde viria o *populicus*, o público) atravessou diversas formas de governo como categoria política fundamental. Há um estudo de Guglielmo Nocera muito ilustrativo sobre isso (3).

No Brasil de 1822 e 1824 o nome de «povo» não vinha de dentro da realidade política. Era colocado sobre o conjunto das comunidades nacionais a partir de uma terminologia que os letrados tiravam dos países modelos, nos quais se falava no povo e na nação como substratos da ordem constitucional.

Por sinal que na Europa moderna não se encontra uma linha uniforme de formação do direito político. Em alguns países a arregimentação de conceitos em torno da ideia da soberania significou um apoio à concentracão política: este processo correspondeu ao que, com certo exagero, Carl Schmitt descreveu como originador do *Jus Publicum Europaeum*: o «Direito Público europeu» como tendo sido organizado a partir de questões espacias — territoriais e marítimas — e formulado pelos juristas clássicos como uma espécie de «nomos da terra» (4). Nem sempre porém isto foi um dado decisivo, tendo ocorrido outras linhas no sentido da experiência e no plano da doutrina, inclusive com o desenvolvimento pré-liberal do conceito de política, mesmo entre autores de língua alemã (5).

Retornemos ao caso nacional. Sem cair no formalismo ou no juridicismo, podemos, no sentido mencionado mais acima, tomar como marco da exsistência do Estado brasileiro a Constituição de 1824. A origem eventual do texto, com a destituição dos constituintes iniciais e a posterior outorga, terá caracterizado de alguma forma os equívocos da própria situação vivida pelo país, entre emancipação formal e reformulação das dependências internacionais. Por outro

(3) «*Il pensiero pubblicistico romano*», en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. II (Milão, ed. Giuffrè, 1956).

(4) Carl SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, Ed. Greven, Colônia, 1950. Cfr. trad. esp. *El nomos de la Tierra*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

(5) Inclusive Althusius. Cfr. a respeito, entre outros, Hans GROSS, *Empire and sovereignity. A history of the public law literature in the Holy Roman Empire*. 1599-1804, Univ. of Chicago Press, 1973.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lado, entre a preocupação com possuir uma carta política, modelada segundo as pautas predominantes, e a presença de um príncipe autoritarista cercado ele próprio das contradições de seu *entourage*.

Na carta de 1824, como é consabido, conviveram esquemas liberais e preceitos autoritaristas. A clássica separação de poderes conviveu com um certo «espírito» regalista, e essa conjugação nos lembra de algum modo o dualismo, constante na ordem medieval inglesa, entre o *gubernaculum* e a *jurisdictio*. Tal dualismo, correspondente á diferença entre o lado jurídico ou jurisdicional da monarquia e seu lado político ou autoritário caracterizou a experiência britânica na Idade Média, muito tempo portanto antes de surgirem na história da Inglaterra as linhas do sistema que se chamaria depois «parlamentar».

Como se vê, o Direito político brasileiro nasceu com uma carta onde o esquema liberal dos poderes, influído pelos autores franceses, deixava espaço para um autoritarismo centralizante. Esta situação se repetiria várias vezes em nossa história, quer com a contradição entre um executivismo ostensivo e uma detalhada regulamentação do chamado processo legislativo, quer com a elementar dissonância entre realidade política e letra constitucional.

Também nos Estados Unidos da Améerica do Norte o problema dos *poderes* tinha sido central na elaboração da ordem jurídico-política, e as páginas do *Federalista* estão como se sabe cheias de citações de Montesquieu. Mas em nosso caso não houve como lá extensos debates sobre federalimo, que se prolongaram em torno da polêmica entre Webster e Calhoun, nem as extensas discussões sobre comèrcio interno e sobre tributação, que alimentaram a doutrina norte-americana em certo período (6).

Tivemos em 1824 um texto calcado sobre o modelo francês, sob marcada influência, como todos sabem, da publicística de Benjamin Constant. Desta influência resultou, na própria elaboração do texto constitucional, a instituição do *poder moderador*, objeto principal do presente estudo.

As disposições sobre o moderador ficavam, como se sabe, no

---

(6) Nelson SALDANHA, *Formação da teoria constitucional*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, cap. IV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

título V («Do Imperador»), capítulo I, da Constituição de 1824, ocupando os artigos 98 a 101. Assim dizia o art. 98:

«O poder moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos».

Conforme escrevemos em livro editado em 1968 (7), a letra constitucional naquele artigo incluia um componente *doutrinário*, ao designar o poder moderador como «chave» da organização política, incidindo em curiosa alteração de um texto de Benjamin Constant. Este escrevera, em certo passo de seu *Cours de politique constitutionnelle* (8), que a distinção entre dois poderes, o *royal* e o *éxécutif*, em um mesmo titular seria *peut être la clef* de toda a organização política: nossos constituintes se preocuparam mais com o moderador em si, efetivamente um poder «real», do que com a precisa delimitação entre ele e o executivo, atribuídos ambos ao monarca. Pouco se falou então, aliás, do termo delegação (a nação «delegando» poderes ao monarca e aos parlamentares), talvez substituível pelo termo atribuição, mais consentâneo com o fato de que se tratava de competências fundamentais, diretamente entregues (9).

Entretanto o equívoco do texto, deslocando para a alusão ao poder especificatamente monárquico uma expressão com a qual Constant veiculara uma preocupação com delimitar atribuições, não seria o ponto essencial no modo pelo qual nossa carta de 1824 colocou o problema do moderador. Devemos situar a instituição deste

(7) *História das Ideias políticas no Brasil*, ed. UFPE, Recife.

(8) *Cours de Politique Constitutionelle*, ed. Guillaumin, Paris 1872 (vol. I): *Principes de Politique*, cap. II, pp. 18 e segs. — Augustin THIERRY, comentando a *Constitutional History of England* de Hallam, escreveu extensas páginas sobre o «poder real» na Inglaterra: cfr. *Dix ans d'études historiques* (junto com *Lettres sur l'histoire de France*), Bruxelas, ed. Meline, Cans et Cie, 1893, págs. 424 e segs. — Para a origem do tema cfr. as breves e eruditas alusões de Fernando WHITAKER DA CUNHA, em *Direito Político Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, pags. 233 e 234.

(9) Agenor DE ROURE acentuou a diferença entre o projeto inicial, que previa três poderes, e o do Conselho, que veio a ser positivado e que acrescentava um quarto, gerando para o titular moderador uma conspícua *irresponsabilidade* (*Formação Constitucional do Brazil*, Rio de Janeiro, Tip. Jornal do Commercio, 1914, págs. 99 e 100).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poder dentro do quadro geral de poderes e funções positivado na carta. Não cabe imaginar que havia nela *três poderes* e também «mais um», e sim entender que a estrutura foi pensada de fato para quatro partes ([10]). Isto ocorreu por conta do Conselho de Estado, que transformou o modelo da Constituinte (projeto Antônio Carlos), onde havia três poderes, e estabeleceu no artigo 10 a divisão quadripartite. Manteve-se, entretanto, a noçao de que a *nação*, corpo fundamental, era representada tanto pela Assembleia quanto pelo Imperador.

Destarte se observa que os dispositivos sobre o moderador, na carta de 1824, estavam como que no *centro* de toda a sistemática político-constitucional. A partir de uma arbitrária bipartição da representação, entregue simultaneamente ao imperante e aos parlamentares, montava-se como algo decorrente o esquema dos poderes. Os poderes entretanto eram delegações da naçao; e se destacavam, note-se, *dentro* dos dois entes que a representavam: da parte do Imperador o executivo e o moderador, da parte da assembleia o legislativo, ficando junto deles o judicíario (aliás chamado «judicial» no texto de 1824), que de certo modo cumpria também naquele contexto o papel politicamente menor que Montesquieu já registrava ao dizer, da *puissance de juger*, que é *quelque façon nulle*.

O próprio processo político nacional, durante os dois reinados que se estenderam de 1822 a 1889, faria do exercício do poder moderador um dos centros de problemática constitucional brasileira: em torno desse exercício se discutiriam sistemas estrangeiros, se analisaria a responsabilidade ministerial, se refletiria sobre conceitos como governo, administração, inviolabilidade.

Passemos brevemente em vistas as diferentes atitudes da doutrina diante do poder moderador. Forçando um pouco para delinear um esquema, poderemos encontrar três posições entre os comentadores: a apologia total, a apologia com ressalvas e a contestação crítica. Na primeira o elogio do caráter providencial do instituto, na segunda sua aceitação com certa sobridedade, na terceira a irreverência polêmica.

([10]) Silvestre PINHEIRO FERREIRA, como é sabido, havia delineado um sistema com cinco poderes: o legislativo, o executivo, o judiciário, o eleitoral e o conservador (*Cours de Droit Public, interne et externe*, tomo I, Paris, ed. Rey et Gravier, 1830).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Encabeçaria os exemplos da primeira posição com o pernambucano Braz Fiorentino Henriques de Souza, «lente de direito civil» da Faculdade de Direito do Recife, cuja obra sobre o assunto foi publicada em 1864 (11). A própria dedicatória do livro ao monarca, extremamente adulatória, aludia já às «mais sublimes prerrogativas da Coroa», e o capítulo I acentuava no próprio título a «necessidade e importância política do Poder Moderador». Braz Florentino destaca neste mesmo capítulo a filiação das ideias de Constant ao Conde de Clermont Tonerre, aduzindo que «da mesma natureza das coisas atentamente observada, e não de um puro esforço de imaginaçao, nasceu para a teoria científica o poder moderador, reconhecido pela constituição brasileira» (12).

De certo modo cabem igualmente neste ítem as apreciaçoes do Visconde do Uruguai, Paulino José Soares de Souza, expendidas em seu conhecido livro *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, de 1862. Todas as páginas dedicadas ao tema do poder moderador na obra de Uruguai estão cheias de um tom palavroso e apologético, sendo de destacar-se entretanto, em uma dimensão mais técnica, sua preocupação com a distinção entre o moderador e o executivo (13).

Cabem também as páginas que estão dedicadas ao tema no volume segundo da *Analyse e Comentário da Constituiçao Política do Império do Brazil* do Desembargador Joaquim Rodrigues de Souza (14). A teorizaçao de Rodrigues de Souza prendia-se à conceituação básica da monarquia constitucional, cuja essencial complexidade pa-

---

(11) *Do Poder Moderador. Ensaio de Direito Constitucional*, Recife, Tip. Universal 1864.

(12) *Do Poder Moderador*, op. cit. cap. I, pág. 5. Braz Florentino publicou também, entre outras coisas, uma edição anotada da Constituição e das principais leis complementares (Recife, Tipografia Universal, 1860).

(13) *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, pelo VISCONDE DO URUGUAY, 2 tomos, Rio de Janeiro, Tip. Nacional, 1862.

Não concordamos com a opinião de Salvino Antônio Malfatti quando situa Uruguay em posição análoga à de Pimenta Bueno, como «ecléticos», reservando para o conservadorismo «tradicionalista» a figura de Braz Florentino (*Raízes do liberalismo Brasileiro*, ed. Pallotti, Porto Alegre, 1985). Uruguai nos parece igualmente conservador. Aliás aquele autor, muito discutivelmente, relaciona a instituição do moderador à influência liberal (cfr. Introdução, pag. 15), o que seria no mínimo um paradoxo.

(14) *Analyse e Commentario da Constituição Política do Império do Brazil*, ou *theoria e prática do Governo Constitucional Brazileiro*, 2 volumes, Imp. B. Mattos, São Luiz do Maranhão, 1870.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recia-lhe requerer o desdobramento de um poder específico para equilíbrio dos demais, sendo assim «de natureza benéficas» as *funçoes essencialmente soberanas* do moderador.

A apologia com ressalvas discretas ou implícitas se encontra nos famosos comentários de Pimenta Bueno, escritos como uma espécie de curso institucional de direito público ([15]). O celebrado constitucionalista, sem embargo de sua objetividade de exegeta, aceitava a necessidade de um poder destinado — por suas «previdentes vistas» — a evitar «nos perigos públicos o terrível dilema da ditadura ou da revoluçao». Sua alusão á importancia de um poder cheio de *força* e de *esplendor*, no qual a consciência nacional possa crer, nos lembra as ponderaçoes de Walter Bagehot sobre a imponência da coroa e sobre a distinção entre o imponente e o efficiente na constituiçao inglesa.

Em geral os doutrinadores brasileiros frisavam o caráter neutro do moderator, qualificativo que já estava na teoria francesa do *pouvoir royal*. Entretanto não encontravam contradição em sublinhar (como alguns faziam) naquele mesmo poder «neutro», um traço *conservador*, como Uruguai expressamente fez, no capítulo 27 de sua obra.

A análise de Zacarias, por seu turno, girou principalmente em torno do problema da responsabilidade ministerial em relação aos atos do monarca ao exercer o poder especificamente moderador, tanto no texto de 1824 como após o Ato Adicional de 1834. Para Zacarias, a responsabilidade dos ministros era algo óbvio, pois não compartilhavam com o imperador a posse do poder moderador, e porque alguém tinha de *cobrir* com sua responsabilidade os atos da coroa ([16]).

Já no caso de Tobias Barreto configuramos a *vis distruens*. Na mesma página em que afirma que «quase todos os problemas de nosso direito público» se achavam então reduzidos á questão do poder moderador, declara considerá-la, a esta questão, como uma espécie de «frivolidade» ([17]). Aludindo á expressão «chave de to-

---

([15]) José Antônio PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, ed. J. Villeneuve, Rio de Janeiro 1857. Seguimos neste estudo a edição de 1958, publicada pelo Ministério da Justiça.

([16]) Zacarias DE GÓES E VASCONCELOS, *Da Natureza e Limites do Poder Moderador* (ed. do Senado Federal em parceria com a Univ. de Brasília, 1978), pág. 37.

([17]) Tobias BARRETO, «A Questão do Poder Moderador» em *Questões Vigentes* (ed. do Governo de Sergipe, vol. IX das Obras Completas, 1926), pág. 171.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da a organizaçao política», com que o texto constitucional mencionava o moderador, Tobias rotula-a de «metáfora tosca e fútil, que se converteu em princípio regulador dos destinos do Brasil».

Na crítica de Tobias Barreto, contida no celebre ensaio «A questão do poder moderador», pretendemos acentuar sobretudo dois pontos. Primeiro, a referência á conexão entre política e teologia, que o pensador sergipano percebeu nos seus contempoorâneos como traço provindo dos conservadores romãnticos, e que seria tema, décadas depois, do terceiro capítulo da *Teologia Política* de Carl Schmitt (18). Para Tobias, «há no fundo das teorias correntes, relativas ao supremo poder do Estado, um sedimento de ortodoxia» (19). Parece-nos inclusive uma frase pré-weberiana. Segundo queremos destacar a «descoberta» de Tobias Barreto, de que o Brasil de seu tempo, diferentemente do que se dizia, não era um país parlamentarista: para tanto necessitaríamos, como nação — observava — ser iguais aos ingleses. «O governo do Brasil (acrescentava) não pode ser parlamentar, à maneira do modelo que nos oferece a terra dos Pitt e dos Palmerston, porquanto esse regime supõe ali uma penetração recíproca do *Estado* e da *Sociedade*, que em geral nos outros países vivem divorciados» (20).

Apresentadas em traços concisos as principais expressões da teoria do poder moderador no Brasil, detenhamo-nos sobre alguns aspectos. Cabe que nos situemos na época. Uma elite intelectual algo defasada em relação ao seu modelo, as elites europeias — sobretudo a inglesa e a francesa —, quanto ás conexões com o contexto a que correspondiam. Um travo conservador por dentro dos recortes liberais, preço dos compromissos da elite com as camadas sociais dominantes. Dentro do pensamento político, alguns traços religiosos: tomemos por um pouco este dado.

Entre as principais fontes doutrinárias de Braz Florentino, se achavam Donoso Cortés, o grande conservador espanhol, Ventura de Raulica, providencialista monarquista, e Lanjuinais, teórico do constitucionalismo romântico (21). No próprio prefácio de seu livro,

(18) Carl SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (2ª edição, Duncker & Humblot, Munique-Leipzig, 1934).

(19) «A Questão do Poder Moderador», cit., pág. 172.

(20) Idem, pág. 177, grifos nossos.

(21) Cfr. *Obras Completas* de Donoso CORTÈS, 2 tomos, ed. BAC, Madrid, 1970.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Braz Florentino afirmava as conexões entre *religião* e *política*, considerando-as como «as duas ciências dos verdadeiros homens de Estado». O traço teológico, posto sobre o plano político, correspondeu nos autores deste tipo ao pensamento conservador francês, ou genericamente europeu, onde um declarando «realismo» e um prisma conceitual não-metafisico representaram a negação da Revolução de 1789. No caso de Tobias Barreto reaparece o tema das relações entre política e teologia, mas visto com olhos críticos, denunciadores da atitude áulica dos autores que visava.

De quelquer sorte terá sido dentro dos debates sobre o moderador que se operou no pensamento brasileiro o trafisito da concepção teológica da política para uma visão leiga e critíca. Em volta do tema do moderador definiram-se posições metodologicas e ideológicas: o ímpeto crítico de Tobias, rompendo com a própria colocação legal do problema, rechaçou o formalismo de seus contemporâneos, que se achava aliado a um conservadorismo de fundo, e assim abriu o passo para a crítica e para uma teorização informal.

Ao encontrar na obra dos incensadores do moderador uma atitude ainda teológica («... uma velha filosofia teológica... que mantém nos ânimos nutridos em seu seio um certo devotamento á estabilidade da coroa»), Tobias Barreto se situou como um crítico secularizado, confessadamente liberal e latentemente republicano, avesso aos artifícios dos legistas e tendente a uma visão abrangente dos fatos sociais e políticos. Ficariam, contudo, alguns traços da imagem de um *quarto poder*. Esta imagem repontaria vez por outra no pais, dentro do jogo de opiniões, como quando certas instituiçoes tentam apresentar-se ou são cogitadas como um poder extra-constitucional: ás vezes a Igreja, ás vezes as Forças Armadas.

Em um plano mais técnico, temos ainda alguns ítens que, dentro da problemática do moderador, colocaram as linhas iniciais de nossa teoria jurídica do Estado. A alusão da Constituição de 1824 á nação, que *delega* ao monarca e aos parlamentares poderes específicos, le vou por exemplo Pimenta Bueno a frisar que á nação pertence em

---

Bruno PERRINI, *Donoso Cortès*, ed. Giuffrè, Milão 1980. Cfr. ainda VENTURA DE RAULICA, *Essai sur le Pouvoir Public, ou exposition des lois naturelles de l'ordre social*, ed. Gaume Frères, Paris, 1859; LANJUINAIS, *Constitutions de la Nation Française*, avec un *Essai de Traité historique et politique sur la Charte*, Paris, Librairie Constitutionnelle, 1819. — Para o geral, Dominique BAGGE, *Les idées politiques en France sous la Restauration*, ed. PUF, Paris, 1952.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grau fundamental o poder moderador, também chamado real ou imperial (22). Com temas como este começariam as reflexões sobre a distinção entre titularidade e exercício de poderes, com referência a diversos tipos de competência.

Evidentemente a evolução dos debates dependeu do processo político e do desgaste que os fatos imporiam, com o tempo, á própria imageme supralegal do monarca. Assim Zacarias chegou a postular uma instancia que pudesse pronunciar-se sobre todos os poderes, o real inclusive: algo que se acharia nas câmaras e na imprensa, e que constituiria a «opinião nacional.» (23). Por outro lado, a discussão sobre formas de governo envolveu nos publicistas a análise da própria estrutura da monarquia: Rodrigues de Souza, por exemplo, viu-se obrigado a explicitar a inaplicabilidade da tipologia clássica dos regimes á experiência de uma monarquia provida do poder moderador (24).

Foi também central a reflexão sobre o então chamado «sistema parlamentar». As análises de Zacarias, sempre muito finas — embora politicamente condicionadas —, destacaram a ambiguidade da situação constitucional do imperador, inclusive criticando o Visconde do Uruguai por ter atribuído ao portador do poder real uma responsabilidade ao menos *moral*. O problema constitucional, porém, correspondia à *responsabilidade dos ministros*, e a caracterização desta implicava o reexame da forma parlamentar como um todo. Este foi o tema mais constante no livro de Zacarias (25), e foi preocupação de todos os comentadores do moderador. A tendência no sentido de considerar o poder executivo como una atribuição exercida pelo monarca atreavés dos *ministros* se encontra por exemplo nos períodos pesados e minudentes de Rodrigues de Souza (26). A alusão á responsabilidade dos Ministros fazia conexão

(22) *Direito Público Brasileiro*, ed. 1958, pág. 201.

(23) Zacarias DE GÓES, op. cit., pág. 45.

(24) *Analyse e Commentario* cit. pág. 80.

(25) Cfr. em especial págs. 48 e 49.

(26) Págs. 77 e 85 entre outras. Também Uruguai, após remeter o tema do «poder real» ao modelo inglês, havia observado que no Brasil o imperante não *era* o poder executivo, mas tão somente o chefiava (op. cit., vol. II, p. 39). — Um comentador menos famoso, José Carlos RODRIGUES, tratou do assunto com algumas expressões discutíveis, atribuindo aos ministros a condição de «órgãos do Imperador» (*Constituição Política do Império do Brasil, etc.*, por José Carlos RODRIGUES, Rio de Janeiro, ed. Eduardo e Henrique Laemmert, 1863, págs. 68 e 69). — O deslinde da questão teria de combinar a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

com o problema do regime parlamentar, que retornava sempre como tema genérico.

Na verdade foi muito difícil aos publicistas da época (tomamos basicamente as décadas 60 e 70 do século XIX) solucionar a questão relativa ao conceito de um quarto poder, tendendo sempre as análises a pressupor um esquema tríadico e a colocar sobre ele a figura de uma competência extra.

Vale entretanto destacar, dentro dos principais textos produzidos, a refeîencia aos autores europeus mais conhecidos, e às próprias instituiçoes, principalmente francesas e inglesas. Portanto o uso do método comparativo e de dados históricos.

Do mesmo modo será valido ressaltar o mérito daqueles debates no sentido de alargar temas e fontes em relaçao ao que existia de direito político dentro dos Cursos Jurídicos, então baseados ainda no sistema dos «compêndios». Os compêndios, ao início, deviam ser redigidos ou adotados pelos «lentes» e aprovados pelo governo. Somente aos poucos se superou este sistema, e essa superação terá sido devida, de certo modo, ao advento de uma nova mentalidade, para a qual contribuiram os debates do tempo de Braz e de Tobias. È verdade que a tendência específica de nossos *juristas*, aqui como um pouco por toda a parte — ao menos no Ocidente —, seria no sentido de considerar como mais «jurídico» o conhecimento do Direito privado; entretanto os constitucionalistas não tinham condição de optar por uma ótica que hoje se chamaria politológica, ou de ciência política, e daí talvez uma certa *malaise*, senão uma certa «consciência infeliz» por parte deles. O tema do moderador era uma questão política, encerrada na costituição por conta de circunstâncias políticas. Esta ambiguidade, entre o lado «jurídico» da exegese constitucional e a pulsação política dos problemas, se repetiria uma ou duas gerações depois, ao tempo de Rui Barbosa o de Pedro Lessa, quando o Supremo Tribunal teve de definir as chamadas questões políticas.

Poderíamos, para aproveitar o conhecido conceito de Jürgen Ha-

---

irresponsabilidade do Imperador, enquanto poder «neutro» mas também, ao que se sentia, enquanto executivo, com a situação dos ministros, que o eram do executivo mas não do moderador, senão por aderência política.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bermas [27], avançar que ao tempo começavam a formar-se no Brasil alguns traços da sociedade de padrão burguês (emprego o termo com muita cautela), nesta medida começando a constituir-se o *espaco público*, componente da vida histórica necessário ao desenvolvimento de certas categorias do pensamnento racional. De quelquer sorte os debates sobre poderes, sobre princípios e sobre regimes, travados em cima do texto constitucional, encaminharam o saber jurídico e político do tempo para um esforço que não nos custa considerar *hermenêutico*. Um esforço que repensou a Constituição de 1824 como um todo e nele tentou compreender o instituto visado: quer como soluçao sábia e sublime, quer como instrumento pragmático de açáo governamental, quer como artifício ou excrecência, para retomarmos a alusão às três concepções básicas então explicitadas.

De fato invocou-se uma velha regra de hermenêutica (*lex debet esse jubens, non docens*) ao discutir-se o possível cunho doutrinário do artigo onde se conceituava o moderador como chave da organização vigente. Em Braz Florentino havia, por trás do elogio ao poder neutro, toda uma teoria do Império [28], inclusive com a concepção da bondade intrínseca do poder do monarca. Seria necessário o advento de uma hermenêutica heterodoxa — e este foi de fato o papel de Tobias — para deslocar a ótica do problema e transformar uma visão jurídico-formal e teológica do mesmo, em uma formulação politicamente crítica.

---

[27] *L'espace public. Archéologie de la Publicité comme dimension constitutive de la societé bourgeoise*. Trad. M. de Launay ed. Payot, Paris, 1978.

[28] Cfr. Paulo MERCADANTE, *A consciência Conservadora no Brasil* (ed. Saga, Rio de Janeiro 1965), pág. 219. Ver também Antônio PAIM, *A discussão do poder moderador no segundo Império*, ed. Univ. de Brasília, 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MONICA TORALDO DI FRANCIA

PER UN CORPORATIVISMO SENZA 'CORPORAZIONI': "LO STATO" DI CARLO COSTAMAGNA

I. "Lo Stato" (1930-35): 1. Un interrogativo. — 2. Note sulla Rivista. Temi e problemi del dibattito dei primi anni Trenta. — II. Quale corporativismo? 1. Il nuovo ordine e il primato del politico: 1.1. La 'crisi' dello Stato: sistema liberale e sistema sociale; 1.2. Lo Stato ripoliticizzato: il nuovo ordine. — 2. Principio corporativo e ordinamento corporativo: 2.1. La *Carta del Lavoro* e il nuovo principio di legalità; 2.2. La ridefinizione del rapporto politica-economia: la concezione 'dualistico-gerarchica'; 2.3. 'Corporativismo' e 'Stato corporativo'. Questioni semantiche.

I. "Lo Stato"

1. *Un interrogativo.*

Fra le molte riviste politico-giuridiche che negli anni del fascismo animarono il dibattito sul corporativismo, spesso con l'esplicita ambizione di definirne il profilo teorico-ideologico per poi dedurne le necessarie modificazioni, o trasformazioni radicali, dell'assetto economico-sociale e istituzionale, un ruolo di rilievo viene generalmente (e genericamente) riconosciuto alla rivista diretta da Carlo Costamagna: "Lo Stato". Ciò nondimeno la storiografia anche più recente sul corporativismo fascista, pur citando spesso singoli articoli della Rivista, si rivela di fatto assai povera di indicazioni riguardo al carattere complessivo di questa pubblicazione e alle sue finalità più generali, nonostante la riconosciuta autorevolezza del suo direttore [1] — autorevolezza certamente più politica che scientifica —,

[1] Cfr. A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1974, vol. I. Aquarone mette in rilievo, in più luoghi, l'"autorevolezza' di questo giurista militante,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lasciando imprecisata la sua collocazione all'interno dell'uno o dell'altro schieramento. Eppure la Rivista era nata, non casualmente, nel momento cruciale del dibattito, ossia nel 1930, anno che per molti doveva segnare lo spartiacque fra la fase sindacale e quella propriamente 'corporativa' del corporativismo fascista, grazie all'estensione dell'ordinamento corporativo dai rapporti di lavoro ai rapporti economici e alla disciplina della produzione (2). Ed era stata tenuta a

---

definito come uno dei più accreditati teorici della politica sociale del regime.

(2) Anche la storiografia sul fascismo tende a distinguere due fasi e due aspetti nella costruzione dell'ordinamento corporativo: quella della legislazione sindacale-corporativa, ispirata al principio della collaborazione di classe — il cui momento chiave è rappresentato dalla legge del 3 aprile 1926 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro, legge che sanzionava legalmente il monopolio della rappresentanza dei lavoratori da parte del sindacato fascista e sottoponeva le associazioni sindacali al severo controllo dello Stato (cfr. AQUARONE, *op. cit.*, pp. 125 ss.) — e quella successiva, e dipendente, della costituzione degli organismi corporativi composti da rappresentanze dei datori di lavoro e dei lavoratori, che avrebbe dovuto dar vita a un particolare tipo di autoamministrazione dell'economia (cfr. S. CASSESE, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia*, in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, in cui si analizzano la struttura del sistema corporativo e le cause del suo mancato funzionamento).

Concorde è il giudizio storiografico sul fallimento del regime corporativo tentato nella seconda fase — nel 1930 fu costituito il Consiglio Nazionale delle Corporazioni, ma le Corporazioni solo nel '34 — che né fu in grado di offrire allo Stato una nuova via di intervento organico in economia, né riuscì a dar vita a un nuovo sistema di rappresentanza e di composizione degli interessi sociali contrapposti. Ciò non di meno è possibile leggere alcuni aspetti delle istituzioni e delle dottrine corporative di quegli anni come segnali di un processo che prendeva forma al di là delle direttive ufficiali del regime: "... cosa c'è di reale nella costituzione delle corporazioni" — sono parole di Franco DE FELICE (*Tre volti del fascismo maturo*, in AA.VV., *Stato e capitalismo negli anni Trenta*, Roma, 1979, pp. 93-94) — "se non di dare trasparenza a quella che è la trama reale dello Stato contemporaneo — dare cioè rilevanza pubblica a corpi economici privati — e quindi esprimere il modo come va a riproporsi il rapporto società civile-Stato con la crisi dello Stato liberale?". E si cfr. anche, per gli aspetti di questo processo che si riflettono nell'esperienza corporativa, V. FOA *Introduzione* a P. GRIFONE, *Il capitale finanziario in Italia*, Torino, 1971, e di A. AQUARONE e M. VERNASSA l'introduzione alla raccolta di saggi, da loro curata, *Il regime fascista*, Bologna, 1974. A sostegno delle posizioni che vedono nell'ordinamento sindacale e corporativo fascista il segno di tendenze più generali, percorrenti l'occidente capitalistico fra le due guerre, va anche la tesi di C.S. MAIER (*The Recasting of Bourgeois Europe. Stabilization in France, Germany, and Italy in the Decade after World War I*, Princeton, 1975; tr. it. Bari, 1979), che include il fascismo italiano nello schema 'corporatista' adoperato per analizzare e concettualizzare i nuovi assetti delle democrazie europee negli anni Venti. Quest'ultimo indirizzo della storiografia sociale e politica ha contribuito a risvegliare l'interesse per le analisi e le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

battesimo proprio da Giuseppe Bottai che con la *Lettera-programma*, uscita sul primo numero, ne dettava, ed esaltava, le finalità specifiche; anche se poi, in quel medesimo anno, lo stesso Bottai avrebbe dato vita ad un'altra rivista, l'"Archivio di studi corporativi", che, sorta con un programma analogo a quello de "Lo Stato", si sarebbe valsa di contributi teorici di ben altro spessore (3).

Alle due riviste Bottai chiedeva di dare veste scientifica e dignità teorica alla nuova realtà istituzionale ancora *in fieri*, al nuovo "Stato corporativo"; il che comportava per l'allora ministro delle corporazioni uno sforzo di elaborazione diretto non solo ad una sistemazione scientifica dei nuovi istituti, ma anche a dimostrare, *post festum*, che tale realtà aveva a fondamento un sistema di principi etici, giuridici ed economici tutti riconducibili a un superiore principio unificante: quello corporativo.

In questa prospettiva di mobilitazione e coinvolgimento della cultura accademica Bottai si preoccupava di tracciare le linee generali del quadro ideologico di riferimento dei futuri contributi precisando (4):

---

dottrine dei corporativisti degli anni Venti-Trenta che, con obiettivi politico-istituzionali anche contrastanti e con diversi gradi di lucidità, registrarono le profonde trasformazioni degli assetti istituzionali indotte dalle nuove dinamiche del capitalismo ed il loro impatto dissolvente sulle 'certezze' delle discipline politiche ed economiche tradizionali. Vi è stato anche chi ha avanzato l'ipotesi, suffragata da estese ricerche sui testi, che dietro "il molto di ideologico" delle dottrine di quegli anni sia possibile rintracciare degli elementi analitici rilevanti per le attuali indagini sui fenomeni cosiddetti 'neo-corporativi' delle società tardo-capitalistiche; indagini il cui punto di partenza, l'accertamento del carattere sempre più politico dei gruppi economico-sociali e della 'crisi' di governabilità delle società complesse, sarebbe molto vicino a quello da cui presero le mosse le dottrine dei corporativisti (cfr. L. ORNAGHI, *"Interesse" e "gruppi corporati". Introduzione allo studio del fenomeno corporativo*, in *Il Politico*, n. 2, 1980, pp. 221-247).

(3) L'"Archivio di studi corporativi" (1930-1944), rivista di soli saggi, fu diretta fino al '41 dallo stesso Bottai, mentre ebbe come capo redattore Arnaldo Volpicelli, mantenendo negli anni un carattere relativamente aperto. Vi pubblicarono, solo per fare alcuni nomi fra i molti da citare, F. Carnelutti, W. Cesarini Sforza, M. D'Amelio, G. Gentile, A.C. Jemolo, Santi Romano, A. Serpieri, U. Spirito, G. Zanobini, oltre, naturalmente, a Volpicelli. I suoi collaboratori furono, comunque, reclutati soprattutto fra i professori della Facoltà di Giurisprudenza e della Scuola di perfezionamento in studi corporativi dell'Università di Pisa.

(4) Cfr. gli articoli programmatici di G. BOTTAI sul primo numero di ciascuna delle due riviste ed anche, sempre di Bottai, *La concezione corporativa dello Stato*, in *Archivio di studi corporativi*, a I, pp. 7-15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1) che il nuovo principio corporativo presupponeva la consapevolezza della "coessenzialità di economia e politica", e quindi della "politicità dell'organizzazione sociale", e si caratterizzava poi per l'affermazione della necessità del coordinamento delle forze economico-sociali e della loro subordinazione alla "preminenza etico-politica dello Stato";

2) che tale principio non era confinabile al settore del diritto del lavoro, ma costituiva invece il principio propulsivo di un nuova concezione, e organizzazione, dello Stato in grado di fornire una risposta ai problemi originati dalla crescente complessità della società contemporanea, problemi già evidenziati dalla "cosidetta crisi dello Stato" e dalla correlata crisi, di "critica e rinnovamento", delle discipline politiche, giuridiche ed economiche tradizionali;

3) che il corporativismo fascista, lungi dal poter essere ridotto al fenomeno particolare degli istituti positivi correnti sotto tale nome, rivestiva il valore di "intuizione nuova e totale dell'economia e del diritto, della società e dello Stato", tale da esigere una radicale revisione degli indirizzi e metodi delle discipline sociali.

Ora è lecito chiedersi per quale motivo quest'ambiziosa, e sotto più di un profilo velleitaria, operazione di politica culturale — che tendeva, di fatto, a valorizzare l'apporto della cultura giuridica in funzione di una più ampia strategia di formazione di una "classe dirigente fascista" improntata ad "una nuova concezione dei poteri pubblici e del loro ruolo nella società" ([5]) — avesse bisogno di quel

([5]) Cfr., per questi aspetti della strategia politico-culturale bottaiana, S. CASSESE, *Un programmatore degli anni trenta: Giuseppe Bottai*, in *La formazione dello Stato amministrativo* cit., in part. p. 222 (da cui si cita).

Il dibattito sul corporativismo, che fu fin dall'inizio stimolato e guidato da una serie di iniziative del Ministero delle corporazioni (fondazione di riviste, iniziative editoriali, politica delle cattedre universitarie...), costituì uno dei principali terreni su cui trovò esplicazione la politica culturale del fascismo nei confronti degli intellettuali di formazione giuridica, ai quali si proponeva di riscoprire una propria funzione sociale partecipando, nella duplice veste di 'produttori di ideologia' e di 'tecnici', 'esperti', alla costruzione (immaginaria) del 'nuovo' Stato. Se il dibattito prese quota dopo il discorso di Pesaro del '26 — l'inaugurazione di una politica deflazionistica, con il suo portato di stretta finanziaria e occupazionale comportò infatti sia un'utilizzazione propagandistica e di copertura del corporativismo, sia, d'altro canto, il sorgere di contrastanti aspettative intorno ad esso — esso conobbe il momento di maggior slancio teorico e progettuale proprio nel periodo successivo al '29 (quando anche in Italia cominciarono a farsi sentire le ripercussioni della 'grande crisi' e a trovare credito, in alcuni ambienti intellettuali, le tesi della necessità di un 'piano' di produzione), per poi decadere subito dopo l'instaurazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

doppione. Se si lascia da parte la diversa strutturazione interna delle due riviste e ci si limita a scorrere i loro indici, si nota subito che esse hanno in comune non pochi collaboratori (6), anche se poi la frequenza della collaborazione e la qualità dei contributi varia notevolmente dall'una all'altra. È tuttavia sufficiente una lettura dei primi fascicoli de "Lo Stato" per rendersi conto di come questa pubblicazione, nonostante la varietà delle collaborazioni, sia fortemente e univocamente caratterizzata dalla 'fascistissima' impostazione datale dal suo direttore. Si può così ipotizzare che mentre l'elaborazione più propriamente 'scientifica' rimane patrimonio dell'"Archivio" a "Lo Stato" competa di far da controaltare a "Nuovi studi di diritto, economia e politica", la rivista di Arnaldo Volpicelli e di Ugo Spirito, che con le sue tesi apparentemente eretiche e il suo 'sinistrismo' serviva ad accreditare l'immagine di un fascismo non dogmatico ma aperto alla discussione e al confronto delle idee, almeno nell'ambito accademico (7). "Lo Stato" e "Nuovi studi" possono infatti essere considerati emblematici dei due poli estremi del dibattito sul corporativismo — che fu sempre guidato dall'alto —, l'uno e l'altro necessari perché Bottai potesse tenere, in quel periodo, una posizione mediana e mediatrice di controllore.

A differenza di Spirito e di Volpicelli, Costamagna, allora docente all'Università di Pisa, era un giurista organico al regime che, ormai cinquantenne, aveva alle spalle una biografia non meramente accademica; passato relativamente tardi all'insegnamento universitario, dopo una carriera in magistratura, nel '27 era stato nominato titolare

---

delle Corporazioni, che nacquero già viziate da una serie di pesanti limiti interni ed esterni tradendo le aspettative di molti (uno dei giudizi più duri sulle Corporazioni fasciste sarò formulato proprio da Bottai). Sulla politica culturale di Bottai negli anni che interessano questa ricerca (gli anni 30-35) cfr. G. SANTOMASSIMO, *Aspetti della politica culturale del fascismo: il dibattito sul corporativismo e l'economia politica*, in *Italia contemporanea*, n. 121, 1975 pp. 3-25. Più in generale, A. PANICALI, *Bottai: il fascismo come rivoluzione del Capitale*, Bologna, 1978 (ma la bibliografia su Bottai è, ovviamente, ben più ricca di titoli da menzionare).

(6) Alcuni esempi: fra i giuristi C.A. Biggini, lo stesso Costamagna, B. Donati, A. Falchi, A.C. Jemolo, P.S. Leicht, G. Salemi, G. Salvioli, G. Zanobini; fra gli 'economisti' L. Amoroso, C. Arena, G. Arias, F. Carli, N.M. Fovel, G. Sensini.

(7) Sul cosidetto 'fascismo di sinistra' cfr. S. LANARO, *Appunti sul fascismo di "sinistra". La dottrina corporativa di Ugo Spirito*, in *Il regime fascista*, cit. e G. SANTOMASSIMO, *Ugo Spirito e il corporativismo*, in *Studi storici*, 1973, n. 1, pp. 61-113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della prima cattedra di diritto corporativo istituita in Italia. Come fascista della prim'ora, proveniente dalle file del nazionalismo, egli aveva svolto diversi incarichi per il partito e ricoperto varie cariche pubbliche in cui l'apporto richiestogli non era stato certo meramente tecnico ([8]). Basti qui ricordare che, in qualità di collaboratore di Bottai al Ministero delle corporazioni, aveva preso parte alla faticosa elaborazione della *Carta del lavoro*, catechismo del corporativismo fascista, e che più tardi, deputato nella XVIII legislatura, era stato relatore della commissione parlamentare per l'esame del disegno di legge sulla riforma del Consiglio Nazionale delle Corporazioni (con cui si dava inizio alla seconda fase dell'esperienza corporativa), contribuendo, come lui stesso si vantava, a far introdurre significative modificazioni nel testo legislativo in questione, il quale, nella formulazione originaria, prevedeva la formazione di un Consiglio composto esclusivamente da rappresentanti delle categorie professionali ([9]).

Se "Nuovi studi", cui la storiografia sul fascismo ha dedicato una maggiore attenzione, rappresenta una delle espressioni più interessanti del corporativismo modernizzante e delle sue profonde ambiguità, va anche ricordato che questa era una delle riviste più lontane

---

([8]) Dal *Chi è? Dizionario degli italiani d'oggi*, Roma, 1940, risulta che Costamagna era stato, fra l'altro, segretario generale dell'organizzazione per i consigli tecnici del P.N.F., segretario generale della cosidetta 'Commissione dei diciotto' per la riforma Costituzionale, collaboratore di Rocco e Bottai nell'elaborazione delle leggi sull'ordinamento corporativo dello Stato italiano, oltre che membro di varie commissioni e comitati. Su Carlo Costamagna si veda G. MALGERI, *Carlo Costamagna. Dalla caduta dell'"ideale moderno" alla nuova scienza dello Stato*, Vibo Valentia, 1981.

([9]) Cfr. LA DIREZIONE, *Il Consiglio Nazionale delle Corporazioni e la riforma costituzionale*, in *Lo Stato*, a V, pp. 481-89 (da ora in poi per tutti gli articoli pubblicati su "Lo Stato" si darà l'indicazione dell'annata e delle pagine omettendo di citare il nome della rivista).

Per quanto riguarda l'*iter* del progetto di legge sulla riforma del Consiglio Nazionale delle Corporazioni cfr. A. AQUARONE *L'organizzazione...*, cit., vol. I, pp. 189 ss. Insediato nel 1930 il Cosiglio fu definito da Mussolini, nella seduta inaugurale, come "lo stato maggiore dell'economia italiana", data la sua competenza normativa in materia di regolamentazione dei rapporti economici collettivi fra le varie categorie della produzione (potere di cui di fatto il Consiglio fece un uso molto scarso). Organo deliberativo del Consiglio era l'Assemblea generale, di cui facevano parte, oltre ai rappresentanti designati delle Confederazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori per le corrispondenti sezioni (le sezioni frurono costituite secondo il criterio delle categorie per settore di produzione), anche esponenti del governo e del partito.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dalle effettive tendenze istituzionali del regime; voce di un dissenso controllato, e funzionale all'immagine esterna che il fascismo voleva dare di sé, la sua influenza era circoscritta a un ristretto ambito di gioventù colta, insoddisfatta del 'nuovo' Stato, che ancora si illudeva sulle possibilità di una ripresa rivoluzionaria del fascismo e sulla portata radicalmente innovativa che avrebbero potuto avere le non ancora istituite corporazioni. Al suo opposto "Lo Stato" volle essere interprete fedele della natura repressiva dei nuovi istituti e del vero volto del potere fascista e pretese l'impossibile, ossia di costruire, a partire da quella realtà, un'organica dottrina dello Stato e del diritto. Tanto sul serio prese il proprio compito che si rivelò, in certa misura, una rivista scomoda perché troppo spesso il suo richiamo al 'vero' spirito delle leggi fasciste rivelava la nudità di un re che alla perizia tecnica dei giuristi si rivolgeva aspettandosi la tacita complicità di chi pur guardando non vede ([10]).

2. *Note sulla Rivista. Temi e problemi del dibattito dei primi anni Trenta.*

"Lo Stato", che ambiziosamente si autodefinisce nel sottotitolo "Rivista di scienze politiche, giuridiche ed economiche" (ma le 'economiche' sono aggiunte a partire dal secondo numero) indulgendo alle velleità enciclopediche proprie del periodo, nasce come bimestrale per poi trasformarsi, nel giro di un anno, in mensile. Per la prima annata la direzione è tenuta *ad interim* da Costamagna e da Ettore Rosboch, agiografo del regime e della sua vocazione universale, noto e discusso soprattutto per il suo volume *La concezione fascista dell'economia* (uscito nel '30), che ben poche concessioni faceva ai profeti della 'rivoluzione' corporativa. Chiamato a svolgere funzioni di governo, in qualità di sottosegretario per le finanze, Rosboch lascerà, già nel febbraio del '31, la direzione al solo Costamagna, il che non gli impedirà di continuare una regolare collaborazione con la Rivista pubblicandovi una serie di articoli di *routine*, intesi principalmente a divulgare, di volta in volta, le tesi ufficiali del

([10]) A questo proposito è ancora istruttivo il vecchio saggio di Piero CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo* (1948), ripubblicato in *Il regime fascista*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regime sulla crisi economica in corso e sui connessi problemi finanziari e monetari.

Nella sua struttura interna la Rivista si articola in quattro sezioni; alla prima, dedicata agli articoli veri e propri, segue quella delle *Note e discussioni*, ospitante interventi più brevi, che di regola si apre con un corsivo della Direzione diretto a stigmatizzare, con pertinace monotonia, due opposte forme di deviazionismo: quella dei "tradizionalisti" (ovvero degli ideologhi della "sutura" fra il "vecchio" e il "nuovo") e, di contro, quella dei corporativisti "rivoluzionari" che dalla nuova fase si aspettavano l'avvio di radicali trasformazioni vuoi nell'ordinamento economico-sociale, vuoi nei modi di formazione della volontà politica direttiva. La terza sezione è poi riservata alla *Rassegna delle riviste*, di segnalazione e commento di articoli, spesso pubblicati su riviste straniere e concernenti i vari aspetti, pratici e teorici, della 'crisi' al centro del dibattito di quegli anni, mentre la rubrica delle *Recensioni*, che occupa l'ultimo spazio, prende in considerazione, in prevalenza, opere di autori italiani di sicura fede fascista, con alcune importanti eccezioni ([11]). Carattere episodico hanno invece le *Rassegne di dottrina e di giurisprudenza* ([12]), che non hanno un curatore fisso, a differenza della *Rassega del-*

([11]) Fra queste le recensioni a testi di H. Heller, G. Renard, Othmar Spann, di H. De Man, J.G. Hodgson, J.M. Keynes, J.A. Schumpeter, Adolf Weber ed anche di F.D. Roosvelt.

([12]) Le Rassegne accolgono contributi di tipo assai diverso per qualità e materia. Fra i più significativi: C. CURCIO, *Stato e diritto nella recentissima letteratura italiana*, (a. II, pp. 818-832), che intende ricostruire alcuni aspetti del dibattito su uno dei grandi temi-problemi della filosofia politica e giuridica, quello del rapporto fra Stato e diritto — ripropostosi con forza nei primi decenni del secolo sotto l'influenza delle ideologie della 'crisi' —, passando in rassegna i diversi orientamenti connotanti la cultura giuridica italiana, a partire dalla contrapposizione centrale fra sostenitori, in vari gradi, della teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici e difensori della tesi della statualità del diritto. (Sugli sviluppi di questo dibattito, all'interno della cultura giuridica italiana, negli anni del fascismo, cfr. V. MURA, *Statualismo e diritto sociale*, Pisa, 1979). V. CRISAFULLI, *Il Partito nella recentissima letteratura italiana* (a II, pp. 897-911), dove Crisafulli pone in rilievo i molti problemi, di carattere politico e giuridico, sollevati dall'ordinamento del P.N.F., per poi passare in rassegna le diverse posizioni in merito dei filosofi politici e dei giuristi, avanzando anche delle valutazioni personali. Sulla controversa questione della natura giuridica del partito fascista, la cui organizzazione si era ormai stabilmente saldata con quella dello Stato, Crisafulli viene infatti a prender posizione a favore della tesi di Costamagna (ma anche di Jemolo) che affermava essere il partito "organo dello Stato" e non "persona giuridica di diritto pubblico", prendendo da ciò spunto per riaffermare l'impossibilità di inquadrare i nuovi istituti negli schemi del di-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le riviste affidata stabilmente a due professori universitari: Carlo Curcio, per il settore politico-giuridico, e Celestino Arena per l'economico.

La presenza nello *staff* redazionale di Arena, almeno fino a tutta la terza annata, in certo modo stupisce perché quest'economista rappresenta l'unica voce del gruppo non in sintonia con la linea della Direzione e con la sua concezione rigidamente monistica del nuovo ordine corporativo. Dal passato sospetto per le sue simpatie amendoliane ([13]), riviste solo dopo il '25, Arena era certo più uomo di Bottai, con cui dirigerà la prestigiosa "Nuova collana degli economisti" della UTET, che non di Costamagna e si può ragionevolmente pensare che la sua presenza nella redazione de "Lo Stato" fosse dovuta ad una qualche sollecitazione da parte del ministro delle corporazioni per contemperare la statolatria del suo direttore e dare alla Rivista, almeno inizialmente, un'apparenza di luogo di confronto, oltre che di aperto scontro, con le variegate tendenze presenti nel dibattito sul corporativismo.

Altro collaboratore stabile de "Lo Stato" è poi Aldo Buffa — dal '34 nominato redattore capo responsabile, carica che terrà fino al '43 rimanendo al fianco di Costamagna, insieme a Curcio, fino alla soppressione della pubblicazione — il cui compito specifico e specialistico è quello di seguire e commentare gli sviluppi della riforma previdenziale e le realizzazioni del regime nel campo della legislazione sociale, quello più marcatamente ideologico (ma i due compiti sono ovviamente indisgiungibili) di delineare una precisa 'filosofia' di questo tipo di intervenzionismo statuale, omogenea alla concezione

---

ritto pubblico tradizionale e quindi la necessità di una profonda revisione della dogmatica giuridica, *in primis* delle teorie sulla personalità giuridica di diritto pubblico. (Fra i lavori della storiografia più recente sul P.N.F. cfr. P. POMBENI, *Demagogia e tirannide. Uno studio sulla forma-partito del fascismo*, Bologna, 1984). Ed ancora: G.P. AUGENTI, *Il primo Congresso giuridico italiano*, (a III, pp. 809-821), che rende il dovuto omaggio alla 'novità' del metodo impiegato dai giuristi fascisti per "tentare l'ordinamento della legislazione dei primi dieci anni del regime" (questo doveva essere lo scopo del congresso), prendendo ad esempio emblematico di tale novità metodologica, che si voleva caratterizzata da "una più forte attenzione per i presupposti politici dell'ordinamento giuridico", proprio la relazione presentata da Costamagna al suddetto congresso.

([13]) Su Arena cfr. G. SANTOMASSIMO, *Aspetti della politica culturale del fascismo: il dibattito sul corporativismo e l'economia politica*, cit. ed anche L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, Milano, 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

totalitaria dello Stato sostenuta dalla Direzione della Rivista. Nelle sezioni delle *Note e discussioni* e delle *Recensioni* compaiono inoltre con regolarità, nelle prime annate, i nomi di due giovani giuspubblicisti impegnati al fianco di Costamagna nella battaglia per una radicale revisione della dogmatica giuridica sulla base dei nuovi principi enunciati nella *Carta del lavoro*: quelli di Vezio Crisafulli e di Adalberto Biggini, futuro ministro dell'educazione nazionale (negli ultimi anni del regime) e collaboratore di Mussolini ancora in epoca repubblichina, a cui una recente pubblicazione ha ridato un momento di notorietà togliendolo dal limbo dei volti dimenticati del fascismo ([14]). Per il resto la Rivista si avvale dei contributi più vari, varietà che concerne tanto la molteplicità delle competenze (e pseudocompetenze) professionali messe in campo — sulla Rivista pubblicano giuristi ed economisti, alti magistrati e burocrati, uomini politici e cultori, più o meno improvvisati, di discipline politiche e sociali, 'filosofi' e giornalisti, segretari e presidenti delle Confederazioni nazionali, ecc. ([15]) — quanto l'ampio ventaglio delle posizioni ideologico-politiche poste a confronto. Sulle pagine de "Lo Stato", per un primo periodo, si incrociano, ma non sedimentano, le più diverse e contrastanti letture del corporativismo (spesso accompagnate da una *Nota* di commento critico della Direzione): modernizzanti e neoromantiche, di matrice laica e di matrice cattolica, vicine allo statualismo di Rocco, oppure fautrici di un mitico autogoverno delle forze economiche. Tutti contributi che, comunque, testimoniano le molte e contradditorie facce dell'ideologia corporativa — e dei sot-

([14]) Cfr. L. GARIBALDI, *Mussolini e il professore. Vita e diari di Carlo Alberto Biggini*, Milano, 1983.

([15]) Oltre ai nomi già citati figurano fra i collaboratori, più o meno occasionali, de "Lo Stato" giuristi quali B. Brugi, B. Chiarelli, E. Crosa, F. D'Alessio, A. Giannini, S. Longhi (allora procuratore generale della Corte di Cassazione), C. Mortati, S. Panunzio, economisti quali Gustavo del Vecchio, G. Dobbert, M. Fanno; ed ancora: G. Perticone, E. Bodrero, J. Evola, P. Orano, F. Orestano, B. Spampanato. Troviamo inoltre i nomi del senatore G. De Michelis, di S. Fabbri, presidente dell'Opera nazionale per la protezione della maternità e infanzia, di G. Landi, segretario della Confederazione nazionale fascista addetti alle aziende commerciali, di Ferruccio Lantini, presidente della Confederazione nazionale fascista del commercio e membro del Gran Consiglio, come G. Bianchini (altro collaboratore de "Lo Stato"), di Arrigo Solmi, sottosegretario di Stato per l'educazione nazionale, ecc... Va poi ricordato il nome di Roberto MICHELS, che sul primo numero della Rivista aveva pubblicato un articolo dal titolo *L'idea dello stato nella storiografia delle dottrine politiche ed economiche* (a I, pp. 31-48).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tesi schemi di ridefinizione del rapporto fra 'società politica' e 'società civile' —, ma anche, e ancora una volta, il carattere puramente formale di molti tributi pagati al principio corporativo.

La varietà delle competenze chiamate in causa e la partizione in articoli ed in interventi, spesso su argomenti più circoscritti e contingenti, permette inoltre alla Rivista di muoversi su due piani differenziati, ma complementari: quello dell'elaborazione ideologico-teorica degli accademici e quello del commento e discussione di problematiche concrete e specifiche, che meglio disvela il risvolto pratico-politico più immediato delle posizioni teoriche sostenute, non lasciando dubbi sul significato classista dell'interpretazione produttivistica del corporativismo fatta propria da "Lo Stato".

Per tutti l'equazione fra corporativismo e produttivismo, equazione che trova la sua legittimazione nella *Carta del lavoro* e nell'assoluta priorità ivi riconosciuta all'"interesse superiore della produzione" ([16]), significa, in primo luogo, che il principio di solidarietà — punto fermo dell'ideologia corporativa, sia che venga inteso come principio da imporre autoritativamente, sia come risultato spontaneo di una mitica "coscienza corporativa" — si deve concretare nell'accettazione di una ben precisa politica sociale: una politica sociale che "ristabilisce la supremazia delle esigenze produttive e riporta nei quadri di queste la distribuzione, momento essenziale e non indipendente della produzione" ([17]). Il che per alcuni si traduce in una campagna di sostegno della "dolorosa necessità" di una politica di bassi salari (Rosboch, Gangemi), ma non per Arena, il solo propenso a cercare misure anticrisi penalizzanti gli elementi parassitari, ossia i "profitti di intermediazione", piuttosto che a ridurre le capacità di acquisto della classe operaia. Per altri tale assunto iniziale comporta, invece, la sollecitazione di una energica riforma tributaria applican-

([16]) La *Carta del Lavoro* (approvata dal Gran Consiglio del fascsmo il 21 aprile del 1927) affermava nella IV. dichiarazione: "nel contratto collettivo di lavoro trova la sua espressione concreta la solidarietà fra i vari fattori della produzione, mediante la conciliazione degli opposti interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori e la loro subordinazione agli interessi superiori della produzione". Gli interessi della produzione venivano poi dichiarati "interessi nazionali" e se ne affidava la rappresentanza alle Corporazioni (organi dello Stato), che avrebbero dovuto costituire l'organizzazione unitaria delle forze della produzione (dich. VI. della C.d.L.). Il testo della *Carta del lavoro* è ripubblilcato anche in A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., vol. II (Appendice), pp. 477-481.

([17]) C. ARENA, *Politica sociale ed economica*, a I, p. 94.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

te, come criterio direttivo, il principio dell'"asservimento dell'imposta alle esigenze della produzione" (la Direzione, Garino-Canina, Fasolis...), magari coinvolgendo anche i dirigenti sindacali per imporre alle masse lavoratrici i nuovi principi tributari e per svolgere poi un compito di vigilanza contro le frodi e le evasioni fiscali. Per altri ancora, ed è il caso di Aldo Buffa, significa tracciare precisi limiti allo svolgimento della previdenza sociale che, per essere corporativa, "deve essere organizzata in modo che l'incidenza dei carichi sia in rapporto ai sistemi, e quindi ai profitti di produzione di ogni singola branca di produzione, in vista dell'interesse superiore di questa impersonificato nello Stato". Pur dicendosi convinto fautore dei progressi della previdenza sociale — ma con la esplicita motivazione che, in linea generale, "ogni opera intesa a preservare il lavoratore dai rischi ai quali va soggetto, a garantirlo dalle conseguenze di tali rischi, a povvedere al suo miglioramento fisico e alla reintegrazione della sua capacità lavorativa si risolve in una maggiore e più accurata produttività." — Buffa finirà per sostenere, esprimendo la posizione ufficiale della Rivista, la necessità di rallentarne lo sviluppo, se non addirittura bloccarlo, ove si riconosca la presenza di situazioni di crisi tali da metterne in discussione la fondamentale finalità superindividuale: quella di agire come fattore di miglioramento e sviluppo della produzione; ossia di situazioni (ed è il caso italiano) in cui "il miglioramento del fattore lavoro 'uomo'... non può assolutamente eliminare la stasi della produzione nazionale o aumentarne il profitto" ([18]).

Per riprendere il filo di queste note sui connotati della Rivista, prima di entrare nel merito della proposta ideologico-politica di cui si fa portatrice e dell'immagine di 'ordine corporativo' in cui tale proposta trova proiezione, sono da segnalare alcuni motivi, di carattere più generale, che concorrono a renderla un interessante oggetto di indagine ai fini di una miglior conoscenza delle diverse componenti e dimensioni del dibattito dei primi anni Trenta sul corporativismo; sempreché, naturalmente, ci si senta di affrontare la non lieve fatica di confrontarsi con una pubblicistica oppressivamente retori-

---

([18]) Cfr. A. BUFFA, *Fascismo e previdenza sociale*, a I, pp. 538-551, per le citaz. p. 50 e p. 51. Su questi temi cfr. G. BALANDI, *Corporativismo e legislazione previdenziale negli anni '30*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1981, III, pp. 3 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ca e ripetitiva che della militanza spesso e volentieri si fa un alibi per abdicare ad ogni pretesa di coerenza terminologica e di rigore argomentativo.

Se un primo motivo è dato dal rilievo della figura pubblica di Costamagna e dal fatto che più di un osservatore straniero dell'esperienza corporativa, e suo simpatizzante, non esita ad accreditare gli scritti costamagnani come l'espressione più coerente della dottrina fascista dello Stato ([19]), è poi proprio il carattere di palestra conservato nei primi anni dalla Rivista a renderla un significativo polo d'indagine, facilitando anche l'individuazione di alcuno punti chiave in cui il dibattito sull'ordinamento corporativo si libera in parte della sua astrattezza e rispetto ai quali lo scontro fra giuristi rinvia a precise e rilevanti conseguenze istituzionali (emblematica, sotto questo profilo, la controversia sulla natura e le funzioni del sindacato legalmente riconosciuto).

Su un altro versante va invece segnalata, in modo particolare, la costante attenzione della Rivista per gli sviluppi della discussione su quella che viene giudicata una duplice e connessa crisi — sebbene con genesi cronologiche non coincidenti —, dello Stato demo-liberale e dell'economia capitalistica, e congiuntamente per le diverse strategie anticrisi e pianificatrici dei governi, comportanti, in più casi, decisive trasformazioni istituzionali e nuove modelizzazioni del nesso fra 'politica' ed 'economia'. Anche se poi, a questo riguardo, tutti gli articoli pubblicati da "Lo Stato" finiscono per concludere con lo scontato omaggio alla preveggenza della politica monetaria mussoliniana e con l'incensamento della soluzione adottata dal fascismo, il corporativismo, quale soluzione in grado di accogliere l'esigenza di una regolamentazione formale del mercato, da attuare col concorso di tutte le forze economiche inquadrate nei rispettivi sindacati, senza per questo mettere in discussione la centralità del ruolo della proprietà privata e dell'iniziativa individuale.

Se l'attenzione per queste problematiche non è certo una prerogativa della pubblicazione di Costamagna, che forse meno di altre riviste del Ventennio è in grado di mettere a fuoco i caratteri distintivi della nuova fase e le linee di tendenza della ristrutturazione capita-

---

([19]) Fra questi: il padre della scuola viennese del corporativismo neo-romantico, Othmar Spann, e il suo allievo W. Heinrich, ma anche il tedesco L. Lachmann, altro regolare collaboratore della Rivista, che si fa divulgatore della dottrina di Rudolf Smend.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

listica in corso, non scontati sono nondimeno, in quest'orizzonte più ampio, alcuni dei suoi punti di riferimento teorico-ideologici, in positivo e in negativo. In questo orizzonte si collocano la discussione degli scritti sulla crisi dello Stato moderno di Herman Heller, di Rudolf Smend, di Carl Schmitt ([20]), l'utilizzazione-strumentalizzazione della critica del diritto 'borghese' di E.B. Pašukanis ([21]), ma anche la segnalazione del dibattito sui caratteri e le tendenze del capitalismo monopolistico, sulle sue possibilità di sopravvivenza, che riporta, prendendo le distanze da entrambe le posizioni, le confliggenti tesi di Adolf Weber e del giovane, ma già molto discusso, spengleriano Ferdinand Fried. E dentro questo quadro si colloca anche il

---

([20]) Per quanto riguarda gli anni che interessano questa ricerca (1930-1935) troviamo, specie negli articoli di Costamagna e del suo gruppo, frequenti riferimenti, per lo più critici, alle opere di Hermann Heller e alla sua lettura del fascismo. Sulla Rivista escono, inoltre, una corposa recensione di *Rechtsstaat oder Diktatur* (a I, pp. 363-367) e un articolo di W. HEINRICH dal titolo *Stato contrattuale o Stato di autorità?* (a I, pp. 295-305), dedicato alla discussione delle tesi esposte da HELLER in *Europa und der Faschismus*.

Se il liberal-conservatore Heller, con la sua difesa dello Stato di diritto, non attira le simpatie della Rivista, Carl Schmitt e Rudolf Smend sono invece fatti oggetto di ripetuti apprezzamenti positivi in quanto li si considera esponenti di un nuovo orientamento della dottrina tedesca dello Stato capace di confrontarsi coi problemi di una società di massa, fuoriuscendo dagli schemi ideologici e concettuali delle dottrine pubblicistiche tradizionali. Sull'"integralismo funzionale" di Smend si vedano in part. i due articoli di L. LACHMANN: *Integralismo fascista* (a II, pp. 31-39) e *Intorno alla teoria dello Stato di Smend* (a III, pp. 107-115).

Su C. Schmitt, la cui opera era allora quasi del tutto sconosciuta in Italia (cfr. C. Galli, *Carl Schmitt in Italia. Bibliografia*, in AA.VV. *La politica oltre lo Stato*, Venezia, 1981), si veda, in part., C. CURCIO, *Tendenze nuove della dottrina tedesca: C. Schmitt*, (a I, pp. 480-484). Si deve inoltre menzionare la traduzione parziale dell'intervento di C. SCHMITT al Congresso dei giuristi tedeschi di Lipsia, poi pubblicato in "Europäische Revue" (1933) col titolo *Führertum als Grundbegriff des nationalsozialistischen Rechts* (cfr. C. SCHMITT, *La categoria del "Fuehrer" come concetto fondamentale del diritto nazionalsocialista*, a IV, pp. 834-839; ma la pubblicazione di scritti di C. Schmitt continuerà anche negli anni successivi).

Sull'interpretazione del fascismo da parte dei tre autori sopracitati si veda infine lo scritto di F. ERMARTH, *Osservatori e interpreti tedeschi della Costituzione fascista* (a II, pp. 275-282).

([21]) Cfr. C. COSTAMAGNA, *Fascismo, sovietismo e diritto "tradizionale"*, a I, pp. 397-408.

Di Pašukanis la Rivista pubblicherà poi la traduzione parziale di un articolo, redatto per l'Enciclopedia sovietica del diritto, col titolo *La concezione sovietica del diritto internazionale* (a II, pp. 111-122).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confronto critico con la scuola dell'"universalismo organico" di Othmar Spann ([22]) e col "corporativismo puro" di Mihail Manoilesco, confronto che si inserisce nella più ampia discussione delle varie tendenze del corporativismo sviluppatasi all'interno de "Lo Stato".

Per quanto riguarda l'ambito delle scienze economiche possono stupire i giudizi positivi tributati alle opere di Sombart, Schumpeter, J.M. Clark, Keynes, Pigou, ma questi giudizi hanno sempre un carattere episodico non essendo sottesi da alcun serio tentativo di analisi dei nuovi e diversi indirizzi del pensiero economico. Su questo versante sembra sufficiente ai pubblicisti de "Lo Stato" rilevare un generale riconoscimento della crisi della teoria economica classica e neo-classica, e insieme una generica tendenza all'abbandono della statica a favore della dinamica, per far rientrare i faticosi e velleitari tentativi di costruzione di una teoria economica 'corporativa' portati avanti in Italia in quegli anni nell'area di un più vasto movimento, a carattere internazionale, di rinnovamento dell'economia ([23]). Diverso sembrerebbe essere invece, a un primo approccio, il discorso per quanto riguarda gli orientamenti del pensiero giuridico europeo, dal momento che l'ambizione della Rivista è quella di stimolare e avviare un radicale ripensamento metodologico e categoriale della disciplina; ma se in questo settore i riferimenti alle varie tendenze della dottrina novecentesca sono tutt'altro che episodici ciò non significa, di fatto, un maggior approfondimento teorico in quanto lo scopo

([22]) Sul 'corporativismo' di Spann e della sua scuola: E. FERRI, *Il corporativismo fascista e l'universalismo tedesco*, (a I, pp. 652-666), W. HEINRICH, *Dottrina fascista dello Stato e dottrina universale organica* (a III, pp. 340-349), C. CURCIO, *Stato universale organico e Stato fascista* (a III, pp. 484-491), L. LACHMANN, *Corporativismo e corporazionismo* (a IV, pp. 840-849), C. COSTAMAGNA, *Equivoci corporativi* (a VI, pp. 1-11) ed inoltre il *Saluto* della Direzione alla nuova rivista "Ständisches Leben", diretta da Spann e dall'economista A. Longert (a II, pp. 206-207).

Dello stesso Spann, che come Heinrich pubblica su "Lo Stato", si vedano *Istinto e coscienza nella storia del fascismo* (a. III, pp. 759-765), *L'importanza dell'ordinamento corporativo nell'epoca presente* (a. IV, pp. 486-498) e *Scienza e limiti del concetto di razza* (a. VI, pp. 161-170). Alla produzione della scuola viennese dell'universalismo organico sono inoltre dedicate numerose recensioni e segnalazioni nella Rassegna delle riviste.

([23]) Cfr. G. SANTOMASSIMO, *Aspetti della politica culturale del fascismo*, cit., e L. ORNAGHI, *La nuova scienza: 'economia' e 'politica' alle origini del corporativismo fascista* (relazione presentata al Convegno "Ideologie corporative e modelli corporativi", Bologna 21-22 giugno 1982), oltre al già citato *Stato e Corporazione*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

manifesto è quello di individuare degli obbiettivi polemici di comodo — sia che si tratti delle correnti del pluralismo giuridico e dell'istituzionalismo (Duguit, Hauriou, Renard, ecc...), sia che si tratti dell'indirizzo normativistico kelseniano — cui far risalire la responsabilità, per le influenze (vere e presunte) esercitate nell'ambito del pensiero giuridico italiano, dei ritardi nell'elaborazione di una dottrina dello Stato e del diritto conforme ai principi del fascismo e al suo "corporativismo politico".

Volendo schematizzare, si possono individuare, comunque, tre poli di confronto privilegiati sotto il profilo vuoi culturale (in senso lato), vuoi degli assetti economico-politici, rispetto ai quali l'atteggiamento della Rivista rimarrà segnato da forti ambiguità: il mondo statunitense, quello della Russia sovietica, con la sua esperienza pianificatrice, e quello austro-tedesco. Se i primi due, almeno nelle intenzioni, fungono da modelli in negativo rispetto ai quali si deve stabilire l'originalità, ma anche, ovviamente, la superiorità, del modello fascista e dei suoi valori-principi, il terzo è invece considerato con l'ambivalenza di fondo riservata a dei possibili alleati di cui peraltro si diffida, temendone le pretese egemoniche sul piano dell'elaborazione teorico-ideologica prima, su quello politico poi.

L'ambiguità che si registra nell'attenzione per il mondo nordamericano è dovuta a più elementi, anche compresenti in uno stesso autore, e principalmente al fatto che ne "Lo Stato" troviamo valutazioni contrastanti delle strategie razionalizzatrici del capitalismo d'oltreatlantico, spesso sintomatiche di una più profonda divergenza sulle prospettive di riorganizzazione e di sviluppo dell'economia nazionale e di una disomogeneità di aspettative nei confronti della nuova fase del corporativismo. Ed è proprio questo perdurare di un'ammirata attenzione per tali strategie, anche negli anni più difficili della crisi economica, che sembrerebbe non confermare la tesi storiografica di una netta cesura fra l'"americanismo' degli anni Venti e quello degli anni Trenta. Nella Rivista vi è sì la polemica, presente in larga parte della pubblicistica fascista del periodo, contro una civiltà che tende a ridurre l'uomo a macchina, macchina di lavoro e di consumo, che si incrocia e si innesta sulla più tarda critica delle dottrine tecnocratiche, del mondo amministrato dai tecnici e dagli ingegneri, e che scade nella più vieta retorica nei molti scritti di *routine* contro il materialismo, l'egoismo, il razionalismo, la perdita di valori dell'uomo americano, necessario e scontato antitipo dell'"uo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mo nuovo" fascista; ma vi è insieme la più significativa discussione delle nuove teorie industriali americane, anche se poi, in non pochi casi, l'ideologia del 'blocco produttore' — trapassata in linea di continuità dall'anarcosindacalismo al nazionalismo industrialistico, al corporativismo fascista degli anni Venti, conquistando anche settori della cultura liberista e liberale — viene riattivata per avanzare la proposta di un 'fordismo' all'italiana, senza alti salari, cui fornisce il necessario supporto propagandistico la finzione di un'acquisita coscienza corporativa da parte del lavoratore fascista, che lo renderebbe disposto al "sacrificio" in funzione del "superiore interesse" della produzione nazionale ([24]). Aldo Buffa attacca la strategia anticrisi e le concezioni fordiste di Agnelli — riassumibili nelle formule: produzione di massa e consumo di massa, riduzione delle ore di lavoro e aumento dei salari — rallegrandosi per la pronta sconfessione di tale orientamento da parte della Confederazione generale fascista dell'industria; ma poi sarà lo stesso Buffa a segnalare con palese ammirazione il ruolo svolto, nell'organizzazione dell'economia statunitense, dalle raffinatissime tecniche pubblicitarie quali potenti mezzi di induzione-manipolazione dei bisogni e ad auspicare l'adozione, anche nell'Italia della crisi, di analoghe tecniche per fronteggiare i problemi della sovrapproduzione e offrire nuovi stimoli alla ripresa economica ([25]). E se Arena — che è forse il più attento alla dimensione concreta dei drammatici problemi di quegli anni e che fa propria una prospettiva di riorganizzazione-regolamentazione del-

([24]) Fra gli esponenti più noti della corrente che, influenzata dalle teorie industriali provenienti dagli USA, si fece portatrice di una concezione produttivistica ed efficientistica del corporativismo, riattivando l'ideologia del 'blocco produttore', va ricordato Massimo Fovel con la sua dottrina della corporazione come "blocco industriale produttivo autonomo" (per questi aspetti del corporativismo di Fovel cfr. A. GRAMSCI, *Americanismo e fordismo* in *Note sul Macchiavelli sulla politica e sullo Stato moderno*, Torino, 1949, pp. 319 ss.).

Sulle matrici ideologiche del corporativismo fascista, nelle sue espressioni produttivistiche, e sulla"antropologia' antiindividualistica che lo percorre cfr. S. LANARO, *Nazione e Lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia*, Venezia, 1979, che rintraccia le radici profonde del corporativismo fascista nell'*humus* culturale dell'Italia crispina e giolittiana. Sulla recezione da parte del pensiero giuridico italiano, fra Ottocento e Novecento, dell'immagine antropologica del "soggetto ascetico e sacrificale" e dell'etica del dovere cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario, Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986, pp. 15 ss.

([25]) Cfr., di A. BUFFA, *Considerazioni sulla crisi* (a. III, pp. 616-619) e la *Recensione* a C.C. Hopkins (a. IV, pp. 479-480).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'economia europea concordata fra i diversi governi nazionali — giudica le condizioni economiche dell'Europa troppo arretrate per poter pensare realisticamente ad un'applicazione generalizzata delle nuove teorie industriali americane, egli, per altro verso, è anche il primo ad esaltare il valore più generale per il pensiero corporativo della nuova 'filosofia' (ideologia) dell'impresa, di cui tali teorie erano insieme interpreti e promotrici: quello "spirito nuovo", portato della seconda rivoluzione industriale, che concepisce l'impresa come un "servizio pubblico" in cui il dirigente e l'operaio, in quanto rappresentanti di funzioni complementari perché rispondenti ad esigenze 'oggettive' della produzione ed ugualmente essenziali, collaborano in vista di un obiettivo di interesse generale qual è quello del massimo rendimento dell'azienda ([26]).

E mentre Rosboch ammonisce che la via italiana alla razionalizzazione industriale è altra cosa dall'applicazione senza adattamenti dei metodi americani, ancora nel '33 la Rivista pubblica articoli che rivalutano, in una prospettiva grande industriale e concentrazionistica, l'"americanismo', reputando che l'Italia abbia sempre molto da imparare dalle teorie dei Taylor e dei Ford; voci che, confutata preliminarmente la tesi di un rigido nesso di causalità fra razionalizzazione e crisi di sovrapproduzione, prendono ad esempio positivo proprio il caso dell'industria automobilistica italiana ed interpretano la *Carta del lavoro* come una direttiva, per gli imprenditori, ad imboccare con più decisione la strada della razionalizzazione, ovvero a procedere alla meccanizzazione degli impianti e all'applicazione dei principi dell'organizzazione scientifica del lavoro ([27]).

L'atteggiamento più generale della Rivista nei confronti degli Stati Uniti si può comunque periodizzare, sintetizzando, in tre

([26]) Cfr., di C. ARENA, *Teorie industriali americane* (a. I, pp. 494-495), *La crisi economica mondiale e l'economia corporativa* (a. II, pp. 501-511), *La seconda rivoluzione industriale e lo spirito sociale della produzione* (a. II, pp. 225-227).

Per un'analisi degli elementi costitutivi dell'ideologia industrialistica della 'collaborazione' cfr. G. Baglioni, *L'idelogia della borghesia industriale nell'Italia liberale*, Torino, 1974. Baglioni nel primo capitolo delinea una tipologia delle ideologie delle classi industriali, in generale, che individua quattro tipi fondamentali di prospettive ideologiche; la quarta è appunto l'ideologia della collaborazione che fa appello ad esigenze 'oggettive' del processo produttivo e della sua organzzazione. A questa si rifanno le versioni modernizzanti del corporativismo.

([27]) Cfr. R. FIORENTINI, *Organizzazione scientifica del lavoro ed economia corporativa*, a IV, pp. 606-616.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distinte fasi (almeno relativamente agli anni presi in considerazione da questa ricerca). In una prima e brevissima fase l'accento batte ancora sul venir meno del tradizionale primato europeo e sul progressivo affermarsi di un'egemonia mondiale statunitense quale portato di una civiltà decisa a porre in primo piano le esigenze della produzione. Questa insistenza risponde ad un duplice intento: ad esaltare la potenza economica come fattore fondamentale di qualsivoglia strategia imperialistica e insieme come espressione di una "volontà di potenza" ancora capace di contrastare i processi di disgregazione del potere contrassegnanti le società capitalistiche (ad eccezione, ben inteso, dell'Italia fascista), seguendo con ciò un'impostazione perfettamente in linea con l'interpretazione produttivistica ed imperialistica della *Carta del lavoro* avanzata dalla Rivista; ed ancora serve, sotto un diverso profilo, a sostenere la causa dei propugnatori di una riorganizzazione unitaria dell'assetto economico europeo, magari a guida italiana, quale condizione indispensabile per poter pensare di contrastare efficacemente l'egemonia statunitense, o almeno di allentarne i sempre più pesanti condizionamenti.

Nella seconda fase, quando si fanno più evidenti gli effetti dirompenti della crisi economica, prevale invece il compiacimento per la caduta di un mito, quello della "straboccante prosperità americana", che si coniuga ad una lettura fortemente ideologizzata della recessione economica statunitense per poterla presentare come epifenomeno di una più profonda crisi di valori e di principi, crisi dell'"etica" e della "teoretica del capitalismo industriale e della democrazia politica"- ([28]). Ed è proprio in questa seconda fase che decolla, ed acquista una certa credibilità anche in ambienti non italiani, il mito di un modello corporativo come "terza via" fra "economia concorrenziale ed economia statalistica", fra liberalismo e comunismo, idoneo ad offrire una risposta alla crisi adeguata alle esigenze dell'epoca proprio perché fondato su nuovi principi etici e politici oltre che economici.

La terza fase è, infine, contraddistinta da una preoccupata attenzione per le grandi riforme dell'amministrazione roosveltiana, che segnano il passaggio da un sistema di economia di mercato ad un sistema di economia programmata e diretta nel paese simbolo dei principi liberali e democratici; preoccupata attenzione perché, no-

([28]) LA DIREZIONE, *La crisi mondiale*, a II, p. 730.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nostante gli sforzi di alcuni pubblicisti di rilevare una significativa somiglianza fra le figure di Roosvelt e di Mussolini e financo di presentare i principi informatori dell'*Industrial Recovery Act* come una filiazione della *Carta del lavoro* ([29]), in non pochi scritti trapela la consapevolezza che il piano di ripresa economica americano stava realmente attuando una radicale trasformazione della "costituzione economica" del paese, quel nuovo ordine economico cui il corporativismo italiano, nonostante la molta propaganda, non riusciva a dar vita. Da qui anche la manifesta soddisfazione per la sentenza della *Supreme Court* (giudicata l'espressione più tipica del costituzionalismo liberale) che, avendo dichiarato i codici del N.I.R.A. contrari ai principi della Costituzione, poteva segnare la fine del *New Deal*; perché se i "nuovi orizzonti" si richiudevano e cadeva la grande "illusione" di poter realizzare un nuovo ordine economico e sociale entro la cornice del vecchio Stato demo-liberale il corporativismo fascista poteva sperare di riprender quota e di acquistare una nuova credibilità ([30]). Nel complesso più monocorde è invece l'atteggiamento con cui si guarda all'esperienza sovietica, perché, a differenza di altre riviste impegnate nel dibattito sul corporativismo, "Lo Stato" rifugge da ogni accostamento fra le realizzazioni dei due regimi e stigmatizza come anti-fascisti i tentativi, non infrequenti, di rilevare delle analogie fra l'esperienza del piano quinquennale (peraltro seguita con attenzione anche da "Lo Stato") e il progetto italiano di un'economia coordinata e diretta, sulla base di un loro presunto comune carattere 'rivoluzionario' ([31]). Lo sforzo principale è, semmai,

([29]) Si veda, ad es., F. ERMARTH, *"Corporativismo" negli Stati Uniti?*, a IV, pp. 499-503.

L'interesse per l'esperienza del New Deal da parte della pubblicistica fascista è largamente documentata da M. VAUDAGNA, *New Deal e Corporativismo nelle riviste politiche ed economiche italiane*, in *Italia e America dalla grande guerra ad oggi* (a cura di G. SPINI, G. MIGONE, M. TEODORI), Padova, 1976.

([30]) Cfr. *Fine del "New Deal", ovvero gli effetti dei principi del secolo XVIII* (senza firma; a VI, pp. 457-459) e G. PALLADINO, *L'errore di Roosvelt* (a VI, pp. 596-603).

([31]) Cfr., a questo proposito, G. SANTOMASSIMO, *Aspetti della politica culturale del fascismo*, cit. Santomassimo sottolinea, peraltro, come l'attenzione rinnovata per le grandi esperienze economiche straniere, spesso non più esclusivamente propagandistica, rappresenti uno degli aspetti più interessanti del dibattito di quegli anni sul corporativismo, che certo non fu altrettanto attento ai reali problemi della situazione economica nazionale e alle sue vecchie e nuove contraddizioni. Anche questo interesse fu sempre pilotato dall'alto, basti pensare alle iniziative editoriali promosse da Bottai, in particolare alla Collana della scuola di Pisa, in cui uscirono antologie (quasi sempre con introduzio-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indirizzato a scoprire delle radicalil differenze in quegli aspetti politico-statuali e legislativi che più sembravano presentare delle inquietanti somiglianze e legittimare dei parallelismi. Tuttavia anche questo confronto fra "bolscevismo" e fascismo, che il più delle volte si risolve in una netta contrapposizione sul piano dei principi, non è esente da ambiguità, derivanti proprio dalla difficoltà di presentare il secondo come un regime dotato di una propria coerente dottrina, idonea vuoi a stimolare un processo di radicale revisione-ricostruzione delle scienze sociali, vuoi a tradursi in un organico programma politico.

A livello più scopertamente propagandistico la Rivista riprende e ripropone, quasi ossessivamente, la generica condanna del bolscevismo quale filiazione ideologica del "liberalismo" e del "democratismo individualistico", esito estremo della parabola di una *Weltanschauung* vocazionalmente internazionalistica e cosmopolitica, ideologicamente contrassegnata dai principi del "materialismo" e dell'"antistatalismo". E a tale condanna immancabilmente fa seguire la sottolineatura dello scarto esistete fra i principi teorici del comunismo e l'effettiva natura del sistema politico sovietico, utilizzando a tal fine anche le critiche della dissidenza comunista che pubblicizzavano i processi di burocratizzazione del partito e del sindacato e denunciavano la trasformazione della transitoria "dittatura del proletariato" in una stabile dittatura dei funzionari bloccante il processo di trasformazione, in senso socialista, della società sovietica (32).

Ma se si lascia il piano della pura propaganda il discorso si fa meno lineare, ed è proprio negli scritti di Costamagna che meglio si può cogtliere quell'ambiguità, o addirittura contradditorietà, di cui prima si diceva; perché se nella polemica contro le tendenze "bolscevizzanti" del corporativismo italiano — rappresentante *in primis* dai due direttori di "Nuovi Studi" e dalla loro dottrina della "corporazione proprietaria" (33) — egli rimane attestato alla mistifi-

---

ne dello stesso Bottai) sui temi della crisi dell'economia capitalistica e su quelli dell'economia programmata e furono pubblicati scritti di Stalin e di altri dirigenti sovietici.

(32) Un esempio: C.C., *Delusioni bolsceviche*, a I, pp. 682-684.

(33) La tesi della "corporazione proprietaria", come istituto risolutivo delle persistenti antinomie fra "impresa, sindacato, corporazione e Stato", fu sostenuta da Ugo SPIRITO nella relazione *Individuo e Stato nell'economia Corporativa* (poi pubblicata su "Nuovi studi") letta al II Convegno di studi corporativi tenutosi a Ferrara nel '32. La tesi attirò sul suo autore un'immediata accusa di "bolscevismo" da parte della maggio-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

catoria formula, circolante in larga parte della pubblicistica fascista, della continuità ideologica fra liberalismo e bolscevismo, quando il bersaglio polemico cambia e si tratta invece di contestare il persistente "tradizionalismo" della scienza giuridica italiana il quadro si modifica: ciò che preme accentuare è, allora, la forza dirompente del processo rivoluzionario iniziato con l'Ottobre, che rompe definitivamente, a livello pratico e teorico, col vecchio mondo. Nella polemica contro gli uomini della "sutura" Costamagna arriverà addirittura ad esortare il pensiero giuridico fascista a "trarre esperienza e lume" dalla "fatica critica del pensiero sovietico", giustificando poi questa esortazione sulla base di una presunta analogia, nel punto di partenza rivoluzionario, fra fascismo e bolscevismo, che vengono definiti "due tentativi di rifare l'esistenza fuori e contro certi schemi di politica, di morale e di economia che alcuni si ostinano ad accreditare quali immutabili e definitive espressioni della natura umana, 'fatali

---

ranza degli altri relatori (ma non però da parte di Bottai, il quale, seppure prese le distanze dalla concezione di Spirito che auspicava il superamento del sindacato, nelle conclusioni del Convegno mostrò esplicitamente una maggior simpatia per la corrente "rivoluzionaria" del corporativismo che non per chi avrebbe voluto bloccarne lo sviluppo). L'accusa non fu respinta dal direttore di "Nuovi studi", il quale, a distanza di trent'anni, rievocando il proprio passato corporativista ancora se ne compiacerà: "A Ferrara — scriverà Spirito (*Critica della democrazia*, Firenze, 1963, p. 33) — esplose appunto la tesi comunista. La proprietà privata veniva negata e si proponeva l'istituto della *Corporazione proprietaria*... Essa comportava la fine del sindacato, la sua risoluzione nella corporazione e la trasformazione di questa in organo produttivo appartenente ai produttori (operai e tecnici). Il potere politico risultante dalla vita delle corporazioni doveva esprimersi attraverso il contributo specificamente tecnico dei singoli lavoratori. Il problema della rappresentanza era in tal modo trasformato nella competenza di tutti articolata nella competenza di ciascuno".

Le interpretazioni storiografiche accreditanti la tesi di Ferrara come "pegno di comunismo virtuale" o come "statuto ideologico di un radicalismo bolscevizzante" sono state definitivamente confutate dal saggio di LANARO, *Appunti sul fascismo di sinistra,* cit. Muovendo sulla scia di Aquarone Lanaro ha messo in luce le valenze obiettivamente antioperaie del "corporativismo integrale" di Spirito, e del connesso progetto (da portare avanti per gradi) di un'"autogestione corporativa delle società anonime", gerarchicamente organizzata sulla base delle diverse competenze, che, postulando l'affossamento del sindacato, si traduceva in un attacco frontale al principio della contrattazione collettiva di categoria. Lanaro ha evidenziato, inoltre, l'equivocità dell'anticapitalismo professato da Spirito, che di fatto poggiava sull'identificazione — assai comune nella letteratura fascista di quegli anni — del capitalismo con il grande capitale finanziario, ed ha sottolineato anche i debiti nei confronti del nazionalismo italiano della sua ideologia del produttore, con la relativa apologia del momento della scienza, della tecnica e dell'organizzazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leggi' o 'immortali principi'" ([34]), con la precisazione che dal punto di partenza rivoluzionario essi avevano poi proceduto con traiettorie opposte. Questa parziale, e del tutto strumentale, rivalutazione del 'bolscevismo' è rilevante non in quanto contraddice altri giudizi, non essenedo certo la coerenza una dote della Rivista, ma piuttosto perché tradisce il disagio per una inferiorità sul piano dell'elaborazione dottrinaria, un'inferiorità derivante anche dalla difficoltà di dotare il fascismo di una coerente ideologia capace di legittimare la rottura, pratica e teorica, con la precedente forma statuale senza sostanzialmente metterne in discussione la base economico-sociale (e vedremo più avanti la rilevanza che assume nella elaborazione costamagnana — e come venga impostato — proprio il problema della legittimazione storica dello Stato fascista).

Anche Costamagna non manca di far rilevare il divario fra l'utopica società del comunismo realizzato, non più necessitante del momento politico-giuridico, e la realtà dell'esperimento sovietico, che è quella più che mai di "un regime di forza politica", ma tale sottolineatura, in questo contesto polemico, si colora di un nuovo significato: essa è infatti accompagnata dall'ammissione che si tratta, comunque, di un'utopia effettivamente capace di ispirare principi critici idonei a "penetrare sul terreno del nemico mettendo in chiara luce il valore storico e contingente delle generalizzazioni e delle astrazioni elaborate dai giuristi borghesi per le esigenze del loro tempo e della loro classe" ([35]). Se dunque anche i giuristi sovietici si trovavano ad affrontare la questione dei concetti generali del diritto, sia pure nella prospettiva di un assetto politico-giuridico presunto transitorio, non si poteva non riconoscere — stando al direttore della Rivista — che proprio in virtù di quella preliminare impostazione critica le loro elaborazioni erano il segnale di un'ottica davvero nuova e non meri aggiustamenti all'interno di una tradizione disciplinare ritenuta immodificabile. Da qui anche il tentativo di Costamagna di riprendere, su "Lo Stato" alcuni elementi presenti nelle analisi critiche di Pašukanis, strumentalizzandoli ai fini della sua campagna per una radicale revisione della dogmatica giuridica tradizionale e dei suoi principi metagiuridici.

([34]) C. COSTAMAGNA, *Fascismo, sovietismo e diritto tradizionale* cit., pp. 400-401.

([35]) *Op. cit.*, p. 400 (qui Costamagna cita da E. PAŠUKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pur con le ambiguità sopraevidenziate, il mondo statunitense e quello sovietico funzionano, sul piano ideologico-propagandistico, da modelli negativi polarmente contrapposti al 'nuovo ordine' fascista e ai suoi principi informatori. Ma il tentativo de "Lo Stato" di presentare il regime come dotato di un'autonoma identità dottrinale comportava anche un più arduo sforzo di differenziazione del corporativismo fascista, sotto il profilo ideologico ed istituzionale, dalle dottrine e dai modelli corporativi elaborati dai movimenti ideologico-politici più affini, specie dell'Europa non latina, che pur guardando con simpatia al fascismo italiano rivendicavano una supremazia teorica, spirituale e/o razziale. In questo caso il confronto si fa più diretto perché la Rivista ospita numerosi articoli di esponenti della scuola viennese del corporativismo neoromantico di Othmar Spann e di militanti, o simpatizzanti, del nazionalsocialismo (e, dopo il '33, anche di personalità di primo piano del Terzo Reich ([36]), non pochi dei quali collaborano a "Lo Stato" anche in qualità di osservatori-commentatori della situazione economica, politica e 'spirituale' del proprio paese. Spesso questi interventi sono accompagnati da una *Nota* critica della Direzione, quando la risposta non richiede un articolo *ad hoc*, che, a seconda dei casi, si sforza di precisare le somiglianze, e, ancor più, le differenze dottrinarie, di rettificare gli equivoci suscitati dall'adozione della formula 'Stato corporativo' per designare i nuovi caratteri dello Stato italiano e, soprattutto, di confutare le tesi tendenti ad infirmare l'autonomia ideologica del corporativismo fascista, o a confondere l'ordinamento sindacale e corporativo con esperienze istituzionali di altri paesi rispondenti a principi affatto diversi, quando non di segno opposto. Ma mi limito qui a riportare solo un esempio di queste 'confusioni'. L'esempio in questione, offerto dagli articoli del tedesco Fritz Ermarth, mi sembra significativo proprio perché rappresenta un caso emblemati-

---

([36]) Cfr., ad es., G. FEDER (allora segretario di Stato al Ministero federale dell'economia), *Lo Stato e l'economia*, a V, pp. 1-6.

Come ricorda F. NEUMANN, (*Behemoth, the Structure and Practice of National Socialism*, New York, 1942; tr. it. Milano, 1977, p. 215) Feder era stato il padre delle teorie economiche di stampo corporativistico proposte negli anni Venti dal nazionalsocialismo. Nominato nel '26 da Hitler supremo arbitro delle controversie sulle interpretazioni del programma del partito, la sua importanza comincerà a declinare già nei primissimi anni Trenta, in concomitanza con l'abbandono da parte del nazionalsocialismo degli aspetti economici del proprio programma.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

co delle ambiguità ideologiche dell'epoca e degli equivoci connessi all'"idea corporativa' (rivendicata dalle più diverse correnti di pensiero) come generico principio anti-individualistico valorizzante il diffondersi, spontaneo o coatto, dell'associazionismo quale possibile, e auspicabile, pernio di più stabili assetti politici e/o economico-sociali; assetti per i quali è sempre prevista — ma in vista di obiettivi politici e istituzionali anche contrastanti — una qualche forma istituzionale di collegamento fra il sistema autoritativo della decisione politica e la rappresentanza degli interessi sociali ([37]).

La figura di Ermarth, regolare collaboratore della Rivista che accredita l'immagine del corporativismo italiano come "terza via" in grado di conciliare il riconoscimento del primato dell'"interesse sociale" col mantenimento della proprietà e iniziativa privata, è degna di nota per più aspetti: per il suo tentativo, in un primo tempo, di tracciare delle convergenze fra democrazia weimariana e fascismo, rifacendosi a tematiche circolanti nel dibattito di quegli anni sulla Costituzione di Weimar e le sue aporie — dibattito che, com'è noto, aveva coinvolto personalità di gran rilievo della cultura politico-giuridica di lingua tedesca ([38]) —, e più tardi, alla conclusione di un itine-

---

([37]) Cfr., a questo riguardo, l'ormai 'classico' articolo di P. SCHMITTER, *Still the century of corporatism?* (in *The Review of Politics*, n. 1, 1974, pp. 85-131; tr. it. in M. MARAFFI, a cura di, *La società corporativa*, Bologna, 1981), che segna la ripresa di un forte interesse della teoria politica per il fenomeno della corporativizzazione degli interessi, specie per le sue espressioni contemporanee.

Schmitter evidenzia — facendo un elenco peraltro non sempre convincente nella catalogazione delle diverse posizioni — la straordinaria varietà delle correnti di pensiero che negli ultimi due secoli, partendo da prospettive ideologiche e politiche lontanissime fra loro, si sono richiamate all'idea corporativa (la quale non necessariamente comporterebbe la richiesta di associazioni miste di datori di lavoro e lavoratori) convergendo nella domanda di una stabile relazione istituzionale fra strutture decisionali dello Stato e rappresentnza degli interessi organizzati della società civile (*op. cit.* pp. 87-88).

Per quanto riguarda la persistente ambiguità concettuale del termine 'corporativismo' e la molteplicità delle definizioni proposte da politologi, sociologi ed economisti interessati all'analisi dei fenomeni detti di 'neo-corporativismo' cfr. L. ORNAGHI, *"Interesse" e "gruppi corporati"*, cit.; su questo stesso tema si veda anche l'introduzione di G. VARDARO alla raccolta di scritti, da lui curata, *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Milano, 1988.

([38]) Per gli aspetti più propriamente teorici di questo dibattito cfr. A. BOLAFFI, *Il dibattito sulla Costituzione e il problema della sovranità: saggio su Otto Kirchheimer*, che introduce la raccolta di saggi di KIRCHHEIMER *Costituzione senza sovrano*, Bari, 1982. Per un'analisi della struttura del sistema weimariano cfr., in part., G.E. RUSCONI,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rario ideologico non desueto, per la sua valutazione critica del piano economico nazionalsocialista, e più in generale del regime hitleriano, che è rivelativa di una recezione non superficiale di temi e problemi dibattuti soprattutto nell'ambito della sinistra tedesca espatriata.

All'inizio della sua collaborazione a "Lo Stato" Ermarth si presenta in veste di difensore della Costituzione del '19 e della declinante Repubblica tedesca, che la rivista di Costamagna considerava invece — e vi torneremo — il vero antitipo europeo del corporativismo fascista. La difesa di Ermarth ([39]), che peraltro si preoccupa di sottolineare la natura disorganica e compromissoria della Carte weimeriana — giudicata una giustapposizione di principi liberali e di principi ispirati al "nuovo ideale sociale" (formula, quest'ultima, che dal nostro autore verrà impiegata per connotare tanto le dottrine socialiste che quelle corporativiste) — attribuisce alla Repubblica tedesca un carattere fondamentalmente "illiberale", per la sempre crescente ingerenza dei pubblici poteri nella sfera dei rapporti tradizionalmente considerati privati, e tendenzialmente corporativo, oltre che per l'importanza determinante riconosciuta alla legislazione sociale, proprio per il tipo di mutamenti operati nella struttura economica e, in particolare, nel settore del diritto del lavoro. Questo pubblicista ritiene infatti di poter istituire un parallelismo tra il sistema weimariano e quello fascista, paragonando il Consiglio economico del Reich al Consiglio Nazionale delle Corporazioni ed il sindacalismo tedesco fine anni Venti al coevo sindacalismo italiano, in quanto vi vede due forme di espressione di una stessa tendenza, rappresentativa di una nuova fase del capitalismo e dello Stato moderno: la tendenza a procedere nella direzione dell'istituzionalizzazione e centralizzazione del conflitto fra capitale e lavoro in vista di un sistema di controllo pubblico dell'economia da effettuarsi con la collaborazione delle grandi organizzazioni economico-sociali.

Ma la Repubblica weimariana cui guarda Ermarth è una Repubblica agonizzante, ormai minata e snaturata dalle interne aporie, per cui non sorprende più che tanto che egli non solo eviti di interrogarsi sul diverso peso contrattuale e ruolo del sindacato nei due siste-

---

La crisi di Weimar, Torino, 1977, ma anche ABRAHM, *The collapse of the Weimar Republic*, Princeton, 1981.

([39]) Cfr. F. ERMARTH, *Il "Diritto sociale" nella costituzione germanica*, a III, pp. 284-291; ed anche, sempre di ERMARTH, *"Corporativismo" negli Stati Uniti?*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mi economico-politici ([40]), ma ritenga anche di poter rilevare una forte vocazione totalitaria dello Stato tedesco e, congiuntamente, mostri simpatia per le idee nazionalsocialiste sullo Stato e l'economia (giudicate molto vicine ai principi espressi nella *Carta del Lavoro*), tanto da salutare la vittoria hitleriana del '33 più che come una rottura, come un passo ulteriore verso l'attuazione di un sistema corporativo.

Difficile è invece stabilire quali fossero, in concreto, le aspettative ermarthiane nei confronti del corporativismo del partito nazionalsocialista, data la non propensione di questo autore, ma certamente

---

([40]) In una sottovalutazione del problema del diverso peso contrattuale e ruolo del sindacato nel sistema weimariano degli anni Venti e in quello fascista incorre anche C.S. MAIER, (*The Recasting of Bourgeois Europe*, cit.; ma si veda a questo proposito l'equilibrata introduzione di G.E. RUSCONI all'ediz. it., cit.) quando include il regime fascista nell'Europa delle democrazie liberali, scorgendovi un caso di tendenze corporatiste più generali (di cui la Germania weimariana è presa a modello) distintive di una nuova fase del capitalismo ed anticipatrici degli assetti della stabilità del secondo dopoguerra. Se l'applicazione al caso italiano dello schema concettuale del 'corporatismo' — che configura la costruzione di un equilibrio risultante dalla contrattazione permanente fra le grandi organizzazioni economico-sociali, e fra queste e lo Stato apparato, tale da rendere sempre più marginale il ruolo del Parlamento e da dislocare il potere reale fuori delle sedi politiche formali — ha il merito di cercar di inquadrare il fascismo italiano nelle più ampie trasformazioni del capitalismo occidentale fra anni Venti e Trenta, essa tuttavia finisce per minimizzare le distanze, e perder di vista le fondamentali differenze, fra corporativismo pluralista e corporativismo autoritario. Più utili, a questo riguardo, risultano le analisi di P. SCHMITTER (*Still the century of Corporatism?*, cit.) che, come Maier, intende svincolare il termine *corporatism* dal riferimento a una particolare esperienza o ideologia. Schmitter propone di definire il corporativismo come un sistema di rappresentanza degli interessi, con tratti idealtipici — in cui le unità costitutive sono organizzate in un numero limitato di categorie, individuali, obbligatorie, non competitive, riconosciute o autorizzate, o create dallo Stato, a cui vien garantito un intenzionale monopolio della rappresentanza all'interno delle rispettive categorie in cambio dell'osservanza di alcuni controlli sulla selezione dei loro *leaders* e sull'articolazione della domanda e del sostegno —, compatibile con diversi sistemi di partiti, ideologie, scopi politici; sistema che può divenire intelligibile solo se posto in relazione con la configurazione complessiva di un regime. Da qui la distinzione, sotto il profilo dinamico, di due sottotipi — *societal corporatism* e *state corporatism* — visti come il prodotto di processi economici, politici e sociali profondamente diversi e come veicoli di poteri e di rapporti d'influenza di segno opposto. Il limite del lavoro di Schmitter, che collega la corporativizzazione della rappresentanza degli interessi con alcuni bisogni del capitalismo già attivi nel primo dopoguerra, sta, semmai, nel tentativo di spiegare l'origine dello *state corporatism*, segnatamente del sistema sindacale e corportivo fascista, puntando tutto sulla vecchia tesi dell'arretratezza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non solo sua, a problematizzare le diverse, e ideologicamente contrastanti, manifestazioni progettuali ed espressioni istituzionali dell'idea corporativa; un'idea la cui matrice teorica originaria è puntualmente individuata da Ermarth (non senza suscitare le rimostranze della Direzione della Rivista) nei progetti di rifondazione dello Stato su basi organico-corporative caratterizzanti il pensiero giuspolitico del romanticismo tedesco (in una linea che va da Müller a Gierke, fino a Spann), ma i cui influssi egli ritiene poi di poter rintracciare sostanzialmente immutati, per quanto riguarda la Germania, nel pensiero sociale cattolico, nelle aspirazioni di Rathenau, Möllendorff, Wissell a dar vita, nei primi anni del dopoguerra, a un nuovo "Stato economico", oltre che nella parte sociale della Costituzione di Weimar, ed infine nel programma economico-sociale del nazionalsocialismo ([41]).

È comunque significativo che già nel '34 Ermarth si ritrovi tra le file dei critici del nazismo emigrati oltreoceano e che la sua collaborazione a "Lo Stato" sia da questo momento caratterizzata da una valutazione sempre più censoria degli indirizzi del Terzo Reich. Nel caso di questo autore è da notare che il punto di rottura col nazionalsocialismo è costituito proprio dal varo della "nuova legge germanica sulla disciplina dei rapporti di lavoro" (del 20 gennaio 1934) ([42]) — comportante l'abolizione del contratto collettivo, dei tribunali del lavoro e la soppressione degli stessi sindacati — la quale, mediante il nuovo regolamento d'azienda, faceva dell'imprenditore un capo assoluto nell'ambito della fabbrica.

Con questa legge, diretto effetto del patto stipulato fra Hitler e gli industriali, si chiarivano per Ermarth tutti i dubbi "sul significato sociale del nuovo regime tedesco" e cadeva ogni speranza nella possibilità di vedere attuata un'organizzazione economico-sociale di tipo corporativo, un'economia regolata sulla base di un sistema di accordi fra le grandi organizzazioni funzionali d'interesse.

Da questa data ha inizio la sua critica del nazionalsocialismo e delle soluzioni giuridico-amministrative adottate dal regime hitleria-

([41]) Cfr. F. ERMARTH *La costruzione dell'ordinamento corporativo in Germania*, a IV, pp. 737-745 (articolo che esce affiancato da una *Nota* critica della Direzione, intesa a ribadire la non confondibilità del "corporativismo politico-nazionale" della dottrina fascista con l'"organicismo giuridico" di Otto Gierke e col "pluralismo sociologico" di Spann).

([42]) Cfr. F. ERMARTH, *Il nuovo ordinamento germanico del lavoro*, a. V, pp. 81-91.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no per attuare un'economia di piano ([43]). Con tale critica Ermarth denunciava, oltre che lo smantellamento delle "istituzioni corporative" esistenti in Germania prima del '33, il venir meno di ogni tutela dell'individuo nei confronti di una pubblica amministrazione ormai onnipresente e onninvadente come pure la soppressione di ogni fondamentale diritto economico e politico, quali segnali del trapasso da un'economia di scambio a un'economia fondata sul rapporto Führer-seguaci (un'"economia di comando' per usare la formula concettualizzante proposta più tardi da F. Pollock) ([44]), per poi concludere che lo "Stato Economico Nazista", dominato dal Führerprinzip, si andava configurando come una realtà istituzionale quanto mai lontana dagli ideali corporativi presenti nell'originario programma del nazionalsocialismo.

Il fatto che "Lo Stato" continui ad ospitare gli articoli di Ermarth anche dopo il '34, nonostante l'accentuarsi della coloritura sociale dell'"ideale' corporativo ermarthiano, è certamente segno di un atteggiamento ancora incerto, o almeno ambivalente, nei confronti del nazismo; ma anche nei confronti di questa ambivalenza si può distinguere fra un piano più formale e propagandistico e un piano più sostanziale. Quantitativamente è indubbio che predominino nella Rivista gli scritti polemici, diretti in genere a contestare il mito razziale e le sue aberranti applicazioni in campo giuridico (non di rado per motivi puramente nazionalistici); tuttavia, a ben guardare, gli articoli che contano, in primo luogo quelli di Costamagna, fervente estimatore di Carl Schmitt, non celano un ammirato interesse per una forma di organizzazione statuale fondata sul Führerprinzip — ossia, come riassume Glaesser, sul principio di un'"autorità che scende dall'alto in basso informando l'intera direzione statale a una sola volontà, quella del Fuehrer" e di una "responsabilità che aumenta dal basso verso l'alto" ([45]) — e per la forza di un regime capace di imporre una drastica soluzione al problema della raziona-

([43]) Cfr. F. ERMARTH, *Aspetti del piano economico nazista*, a VI, pp. 81-97.

([44]) Cfr. F. POLLOCK, *Is National Socialism a New Order?*, in *Studies in Philosophy and social Sciences*, IX, 1941. Si tratta del testo di una conferenza tenuta nel '41 presso la Columbia University, ora tradotto in italiano in AA.VV. *Tecnologia e potere nelle società post-liberali*, a cura e con introduzione di G. MARRAMAO, Napoli, 1981.

([45]) G. GLAESSER, *Stato e partito in Germania*, a V, pp. 250-252 (si tratta di uno scritto sul pensiero del giurista nazionalsocialista Helmut Nicolai, propugnatore del "Führerprinzip").

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lizzazione del mercato del lavoro mediante l'introduzione del "principio del capo" anche nell'ambito della regolamentazione dei rapporti fra datori di lavoro e lavoratori ([46]).

II. QUALE CORPORATIVISMO?

1. *Il nuovo ordine e il primato del politico.*

1.1. *La 'crisi' dello Stato: sistema liberale e sistema sociale.*

Se è vero, come anche questa ricerca sembrerebbe confermare, che il dibattito sul corporativismo fu contrassegnato da due opposte concezioni in merito alla costruzione del 'nuovo' Stato — l'una impegnata a restaurare un'assoluta identità fra statuale e politico, l'altra a rifondare lo Stato su basi inedite tramite il riconoscimento e la formalizzazione del carattere sempre più politico dei 'corpi' economico-sociali ([47]) — non vi è dubbio che il modello di organizzazio-

---

([46]) Cfr., di Costamagna, la *Nota* all'articolo di C. SCHMITT, *La categoria del Fuehrer...*, cit., p. 839; ma anche *Il problema del Parlamento* (a IV, pp. 481-485) e *Dal parlamento sovrano alle grandi magistrature nazionali* (a V, pp. 721-727); ed inoltre G. D'EUFEMIA, *Sul valore politico della legge germanica sul lavoro* (a V, pp. 774-776) e la *Nota* della Direzione all'articolo di G. ARIAS, *Economia generale, economia corporativa, economia politica*, (a VI, pp. 578-579).

([47]) Cfr. L. ORNAGHI, *La 'nuova scienza'...*, cit. L'ipotesi di Ornaghi è che la vera frattura all'interno delle dottrine corporative dell'età fascista — che pure mostrarono una singolare convergenza nel prendere le mosse dall'accertamento dello stretto legame tra il problema delle trasformazioni del capitalismo e quello della crisi dello Stato liberal-parlamentare, accertamento che portava allo scoperto la questione dell'organizzazione e 'rappresentazione' degli interessi sociali — sia da ricercare nella contraposizione fra un tendenza maggioritaria, che intendeva "bloccare ed invertire — attraverso una forte politicizzazione dello Stato — il processo di trasformazione di quest'ultimo in mera macchina amministrativa", e una tendenza minoritaria, ma non esigua (rappresentata dai fautori del corporativismo "puro" o "integrale"), che "agevolando la ripoliticizzazione in atto nella società" tendeva "a ridurre lo Stato a un fascio di limitate e determinate funzioni pubbliche". Se questo è vero il corporativismo fascista può esser letto, secondo Ornaghi, come il luogo in cui giunge a trasparenza l'irrisolta ambivalenza dello Stato moderno, la cui intera vicenda — alla luce delle più recenti acquisizioni della storiografia politica e istituzionale — risulterebbe segnata da una costante tensione fra due tenden-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne statuale delineato da Costamagna vada classificato fra le espressioni più esasperate della prima, e vincente, tendenza; questo modello infatti, oltre a niente concedere al mito, messo in circolazione dallo stato Bottai, dell'autogoverno delle forze economico-sociali, prende così alla lettera il motto mussoliniano "tutto nello Stato..." da prefigurare un sistema di governo inglobante ogni manifestazione della vita sociale, una società completamente risolta nello Stato. In questa prospettiva anche i termini più abusti e più carichi di equivocità semantica del lessico politico-giuridico di quegli anni, quali 'principio corporativo', 'ordine corporativo', 'Stato corporativo', acquistano un significato del tutto peculiare che sembra assai lontano dalle accezioni ideologiche più comuni con cui tali espressioni venivano impiegate nel dibattito coevo e, ancor più, da molte delle definizioni teoriche ed operative avanzate dagli studiosi odierni del cosiddetto 'fenomeno neo-corporativo' interessante le società tardocapitalistiche ([48]). Cionondimeno anche il modello proposto dalla Rivista vuol presentarsi come una risposta a degli imperativi di ordine economico e politico, oltre che 'spirituale', specifici del ventesimo secolo, da non confondere quindi con modelli nostalgici di forme di organizzazione sociale e statuale definitivamente superate. Il quadro di riferimento, esattamente individuato, è infatti quello delle società postliberali caratterizzate da due fondamentali fatti nuovi: dall'essere delle società di massa ed insieme delle società strutturate per grandi gruppi d'interesse, in conflitto fra loro, tendenti ad esautorare il potere politico formale. Due facce, queste, non confondibili di uno stesso processo, indotto dalle tendenze alla ristrutturazione monopolistica del capitale e comportante una profonda modificazione del rapporto fra sfera politico-statuale e sfera economico-sociale, con cui anche il disegno

---

ze: quella dello Stato a "'incorporare' i gruppi sociali (onde integrarli sempre più formalmente, in tal modo, all'interno dell'organizzazione statale)" e quella opposta dei gruppi sociali ad "accorparsi in aggregazioni stabilmente organizzate (onde sottrarsi all'incapsulamento dello Stato)". La persistente ambiguità semantica del termine 'corporativismo' affonderebbe qui le sue radici, essendo tale termine impiegato indifferentemente, sia a livello di indagini che di ideologie, per designare tanto l'una che l'altra tendenza (*op. cit.*, pp. 17 ss.). Si veda anche, sempre di ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit.

([48]) Per le diverse proposte di definizione del termine 'corporativismo' (e 'neo-corporativismo'), da quelle di P. Schmitter e G. Lehmbruch, a quelle di J.T. Winkler, di C.S. Maier, di P. Farneti ecc., cfr., ancora, L. ORNAGHI, *"Interesse" e "gruppi corporati"...*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costamagnano di riorganizzazione dello Stato italiano su basi totalitarie veniva, nei primi anni Trenta, a confrontarsi, in un clima già pesantemente segnato dagli effetti della 'grande crisi' e dai problemi che le diverse economie nazionali, in concorrenza fra loro, si trovavano a dovere affrontare.

Ma ciò che differenzia e contraddistingue la posizione della Rivista nel dibattito sul corporativismo è la nessuna propensione a considerare le formazioni sociali intermedie, sia pure disciplinate e sottoposte ad un rigido controllo statale, come possibili portatrici di una forma qualitativamente superiore di organizzazione sociale, da valorizzare nella progettazione di un nuovo modello di ordine socio-economico ed istituzionale riconoscendo loro un'autonoma funzione di sintesi di interessi e volontà individuali. L'ammissione dell'irreversibile sfaldamento — segnalato fin dal primo decennio del secolo — del rapporto lineare fra individuo e Stato ([49]), caratterizzante il modello dello Stato ottocentesco, si coniuga ad un'analisi, fortemente ideologizzata, della dissoluzione del sistema liberale classico, fondato sulla "libertà del lavoro" in "corrispondenza ad un assetto della produzione stabilito sul regime delle *concorrenze individuali*", e della genesi e sviluppo di un diverso assetto, distinto invece sul piano giuridico dal nuovo dato della "libertà sindacale" e del "diritto collettivo" delle organizzazioni intermedie, la quale vuole evidenziare come in questo nuovo sistema diventi sempre più problematica la mediazione e sintesi degli interessi sociali ([50]). Gli articoli di Costamagna sul tema — che pur contengono degli elementi analitici reali, riconducibili al più vasto dibattito politico-giuridico degli anni Venti (specie dell'area austro-tedesca e francese) sulla crisi della sovranità e del parlamentarismo ([51]) — tendono sempre a presentare il fenomeno dell'associazionismo aggregante gli individui secondo il crite-

([49]) D'obbligo, a questo riguardo, era per tutti la citazione di *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910) di Santi ROMANO.

([50]) Cfr. C. COSTAMAGNA, *Considerazioni sulla qualifica dello Stato fascista*, a II, pp. 241-257. Articolo, questo, in cui sono condensati una serie di motivi ricorrenti in tutta la produzione costamagnana.

([51]) Gli autori più citati da Costamagna, relativamente a queste tematiche, sono, per l'area francese, Duguit e Hauriou, per l'area di lingua tedesca Kelsen, Heller e Schmitt. Sul dibattito che si svolse fra questi ultimi cfr., oltre alla già citata introduzione di Bolaffi a O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano*, R. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta*, che è l'introduzione a Hans KELSEN, *Socialismo e Stato*, Bari, 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rio dell'interesse economico e professionale come un fenomeno dotato di una logica perversa, causa prima del processo di disgregazione pluralistica della sovranità statuale, che necessariamente conduce ad esiti disastrosi per la vita dell'insieme sociale; dov'è scontato che si citi ad esempio la crisi di 'governabilità', politica ed economica, travagliante le democrazie liberali. Una crisi, questa, che viene opportunamente drammatizzata per poter arrivare a rivendicare la necessità del passaggio ad un nuovo principio di organizzazione civile comportante una netta cesura con la forma statuale nata dalle rivoluzioni del XVII e XVIII secolo, con il "preteso 'Stato moderno'" inteso "nei termini di un ordinamento precostituito all'attuazione del *diritto soggettivo individuale*"; ovvero, ci terrà a specificare Costamagna (con un'affermazione di sapore schmittiano), alla costituzione di "un ordine individualistico" fondato su di "un complesso di espedienti diretti ad esautorare il potere politico", quali la "garanzia dei diritti", la "divisione dei poteri", la "sovranità nazionale" ([52]). La crisi dello Stato viene letta, in quest'ottica, come crisi di una determinata forma storica di organizzazione dei pubblici poteri, diffusasi in Europa con le Costituzioni liberali della prima metà del diciannovesimo secolo, il cui tratto distintivo è individuato nella subordinazione dello Stato al diritto; forma che, pur parzialmente rivista nella sua base ideologica da alcune Costituzioni democratiche del dopoguerra apportanti rilevanti modifiche nelle dichiarazioni dei diritti, avrebbe mantenuto sostanzialmente inalterata la sua natura di "Stato del diritto soggettivo", aggiungendo alla "garanzia delle libertà civili... la garanzia delle libertà sociali e di un minimo di mezzi materiali assegnati allo svolgimento delle singole individualità" ([53]).

Ed è tematizzata come una crisi, intriseca alla concezione strumentale dello Stato propria del costituzionalismo liberale, che si precisa e si palesa — e qui sta l'aspetto più interessante, seppure non del tutto originale, dell'analisi costamagnana — lungo l'arco di un processo a due stadi (analiticamente differenziabili, ma storicamente spesso sovrapposti), rispettivamente corrispondenti alla fase concorrenziale e a quella monopolistica del capitalismo: lo stadio rappresentato dal sistema liberale, che tende a demandare agli auto-

([52]) C. COSTAMAGNA, *Considerzioni sulla qualifica...*, cit., p. 242.
([53]) *Op. cit.*, p. 249.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

matismi del mercato la formazione dell'equilibrio economico-sociale, e quello successivo, correntemente definito (ma impropriamente, secondo Costamagna) come "sistema sociale", in cui si incrina, fino a venir meno, la separazione formale fra sfera economico-sociale e sfera politico-statuale e si assiste ad una profonda ristrutturazione del rapporto Stato-società, dovuta all'assunzione da parte dei pubblici poteri di sempre nuovi compiti in campo economico ed assistenziale e, di contro, all'incontenibile tendenza delle forze economiche, organizzate sotto forma di sindacati, *trust* industriali, consorzi ecc., a svolgere un ruolo sempre più direttamente politico.

Anche in queste analisi la dissoluzione dell''ordine' fondato sulla tutela delle "libertà civili elaborate... nei diritti individuali di proprietà e di contratto" e contraddistinto dal fenomeno della concorrenza fra singoli individui è giudicata come il portato del logico svolgimento del sistema liberale classico e delle sue aporie ([54]): l'ordine liberale si dissolve quando la libertà di contratto genera la propria autonegazione dando vita alle formazioni di cartello, ai grandi *trust*, ai consorzi industriali, ecc..., che di fatto inceppano e distruggono il funzionamento del libero mercato, svuotando la forma giuridica del contratto bilaterale del suo contenuto sostanziale. In parallelo, con l'emergere sulla scena politica delle masse lavoratrici, portatrici di una istanza di egalitarismo non formale e di nuovi ideali politici e giuridici (che trovano la loro prima espressione nella lotta vincente per il diritto di coalizione), verrebbe resa palese la contraddizione esistente fra principio di libertà e principio di uguaglianza ed ineludibile la messa in discussione del modello borghese-liberale dello Stato neutrale e astensionista.

Stando alla lettura di Costamagna è con la dissoluzione del sistema liberale classico e con la concomitante progressiva generalizzazione del duplice fenomeno del "*sindacalismo* e della *democrazia di*

([54]) Il tema della fine del liberalismo fu certamente un *topos* ricorrente delle teorie politiche e sociali del pensiero europeo di quegli anni, come ricorrente fu l'idea che la spiegazione della dissoluzione del sistema liberale andasse ricercata nella stessa natura dei suoi principi informatori e dei suoi istituti basilari (sull'identificazione dei quali l'accordo era, però, tutt'altro che scontato), anche se poi tale idea fu sviluppata in contesti teorici e analitici non certo fra loro paragonabili per lucidità e spessore critico. Basti pensare, per citare uno dei punti più alti, alle indagini degli anni Trenta sulla crisi del liberalismo di Horkheimer, di Marcuse, di Pollock, di Franz Neumann (la cosidetta 'scuola di Francoforte').

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

massa" — portato della seconda rivoluzione industriale e delle virtù espansive del principio egalitario, assunto nella sua astrattezza formale dallo Stato liberale come unico principio di integrazione politica — che si consolidano, in Europa, le condizioni per un nuovo assetto socio-economico e di potere strutturalmente contraddistinto dal fenomeno della concorrenza fra gruppi; assetto destinato a portare a termine il processo di esautoramento del potere statuale senza, peraltro, riuscire a promuovere nuove e più stabili forme di equilibrio economico e sociale. Alla base del nuovo sistema, che viene rappresentato come uno stato di più o meno latente anarchia, si individuano due eventi in stretta dipendenza reciproca: la crescita incontrollata di grandi organizzazioni d'interesse, in conflitto fra loro, decise a condizionare, o a paralizzare il potere politico formale, se non addirittura a sostituirsi ad esso, ed il correlato trapasso, per quanto attiene alla dimensione giuridica, dalla nozione di un diritto individuale "al" sindacato alla nozione di un diritto "all'*azione sindacale* a favore delle singole formazioni economiche", concretantesi "nel riconoscimento dell'*autodifesa di gruppo*' diretta ai fini particolari del gruppo stesso..., prescindendo dalla considerazione di qualsiasi interesse generale ([55])". Sull'imporsi di un tale concetto della libertà sindacale vien fatta ricadere la responsabilità di aver posto le basi di "una vera e propria 'sovranità economica'" delle grandi organizzazioni sindacali, operaie e imprenditoriali, che sono descritte, in questo contesto, come dei corpi chiusi, vocazionalmente monopolistici, provvisti di forza sufficiente da costituire dei veri e propri centri di potere politico accanto, ed eventualmente al di sopra, degli organi statuali.

Il "cosidetto sistema sociale" si configura allora, nelle analisi di Costamagna, come un sistema acefalo e policratico, dominato dagli interessi settoriali, che dà luogo ad un duplice processo: per un verso alla progressiva perdita da parte dello Stato del monopolio della decisione politica (sempre più determinata da una prassi di contrattazioni e compromessi fra le maggiori organizzazioni sociali) ed al contestuale accentuarsi, con la crisi generalizzata dell'istituto parlamentare come luogo di mediazione e sintesi degli interessi, della perdita di funzionalità del modello di organizzazione formale tipizzante lo Stato demo-liberale; per un altro ad una crescente dilatazione, sotto

([55]) C. COSTAMAGNA, *Considerazioni...*, cit., p. 248.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la spinta delle sempre più pressanti richieste dei 'gruppi corporati', della pubblica amministrazione e delle sue competenze, che finisce per render preminente il ruolo delle vecchie e nuove burocrazie rispetto a quello degli organi politici direttivi. Un riflesso, ed insieme una testimonianza, di questo processo è poi puntualmente colto, sul piano delle dottrine, nel coevo proliferare di modelli normativi di organizzazione sociale ed istituzionale intesi a condurre a termine il processo di sostituzione dell'amministrazione alla politica valorizzando e potenziando al massimo la funzione pubblica delle formazioni economico-sociali, nell'"illusione" — è il liquidatorio (e rivelatore) giudizio di Costamagna — "di ritrovare negli aggregati di 'utilità' l'elemento di coesione che è stato spezzato dalla lotta di classe. ([56])".

Per sintetizzare, l'intento principale della ricostruzione a due stadi costamagnana, in cui retorica di regime, opzioni ideologico-politiche ed intenti analitici appaiono indissolubilmente intrecciati, è quello di declinare i presupposti teorico-ideologici della concezione monistica del 'nuovo ordine' corporativo, ovvero di argomentare:

1) che con la riclassificazione del rapporto fra sfera economico-sociale e sfera statuale, indotta dalla stessa logica evolutiva delle società post-liberali, si era compiuta la completa subordinazione del politico all'economico;

1-a) che questo processo era già iscritto in quel principio del primato della società civile (marxianamente intesa quale sfera dei rapporti economici) di cui si erano fatte portatrici le filosofie "individualistiche" e "razionalistiche" madrine del "preteso 'Stato moderno'" (nell'accezione di "Stato polarizzato sulla difesa del diritto soggettivo");

1-b) che gli esiti ultimi del dispiegamento del principio in questione si erano rivelati tali da pregiudicare la stessa sopravvivenza di quella forma statuale e, dunque, da legittimare la ricerca di nuovi ed opposti principi su cui rifondare la coesione sociale e l'unità politica.

1.2. *Lo Stato ripoliticizzato: il nuovo ordine fascista.*

Esemplato, nella sua forma più sviluppata, dalla Repubblica weimariana e dalla sua Costituzione — sia per la sua origine, frutto di

([56]) *Op. cit.*, p. 249. Come esempi di tali tentativi si citava "la repubblica cooperativa di Gide", "il federalismo economico di P. Boncour", "gli schemi di W. Rathenau circa i consigli economici" e "i disegni *gildisti* del Cole".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contrattazioni fra le maggiori forze politiche e sociali, sia per i suoi contenuti ([57]) — "il sistema sociale" è considerato, come si è detto, l'antitipo per eccellenza del corporativismo fascista e, come tale, funge da polo negativo di confronto ogni qualvolta si tratti di giudicare il tasso di ortodossia delle diverse posizioni articolanti il dibattito sul nuovo ordine corporativo: tutti gli schemi di ridefinizione della relazione Stato-società postulanti un ruolo proprio ed un'autonoma ragione di esistenza delle entità sociali intermedie, siano esse identificate con i sindacati, siano invece identificate con le istituende corporazioni, finiscono nel mirino della Direzione della Rivista, che in blocco li denuncia come infondate e pericolose deviazioni dell'"idea fascista". Il nuovo ordine, postulato da "Lo Stato" viene, di contro, fondato su di un principio di "solidarietà nazionale" eminentemente "antisindacale" (la definizione è dello stesso Costamagna) ([58]) che, nel concreto, darà luogo ad un tentativo — giudicato troppo estremistico persino dalla dottrina più organica al regime — di ridurre le associazioni sindacali, anche sotto il profilo formale del loro *status* giuridico, a meri strumenti della volontà politica centrale (a "organi dello Stato"), privi quindi di un qualsiasi ruolo negoziale autonomo; e questo con l'esplicito obbiettivo di bloccare ogni possibilità, sia pure solo teorica, di attivazione di una dinamica di effettiva contrattazione sociale.

In questa versione l'"ordine corporativo", concepito come un sistema diretto a "restaurare l'autorità statale" minata dall'ascesa dei "consorzi corporativi", si qualifica allora — e va sottolineato — per essere un superamento non tanto degli assetti riflessi dal modello

---

([57]) Sulle caratteristiche della Costituzione del '19 e più in generale del sistema weimariano cfr. G. Rusconi, *La crisi di Weimar*, cit., dove vengono impiegati i concetti di "democrazia contrattata" e di "capitalismo organizzato" per spiegare la natura di tale sistema e i caratteri strutturali della sua crisi.

([58]) Cfr. La Direzione, *Fascismo e legalità*, a II, p. 587. Qui il corporativismo fascista viene definito come 'antisindacale' non perché si postuli lo scioglimento del sindacato nella corporazione — che anzi la Rivista individuava nelle associazioni sindacali legalmente riconosciute e non nelle corporazioni, la cui attuazione venne semmai osteggiata, i caposaldi del sistema corporativo (cfr. La Direzione, *Discorso sulla corporazione*, a III, pp. 401-407) —, ma per rimarcare invece i caratteri di assoluta novità del sindacato fascista; dove il referente negativo è rappresentato "dalla concezione socialdemocratica del sindacato e dei suoi scopi che troppi ancora si ostinano ad alimentare", ossia dalla concezione del sindacato come strumento di difesa degli interessi dei membri della categoria per cui è costituito.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dello Stato liberale ottocentesco quanto invece di quelli corrispondenti allo Stato sociale, partitico e pluralistico, che aveva incentivato, col frantumarsi dell'unità statale, la fortuna delle "dottrine *federalistiche* dell'organizzazione sociale" e delle "dottrine pluralistiche della sovranità" ([59]). Stando allo schema costamagnano è proprio in quest'ultima forma dello Stato moderno che si deve consumare la parabola del vecchio "ordine individualistico" e dei suoi valori-principi; e se la classificazione del 'sistema sociale' entro il genere 'ordine individualistico' sorprende, Costamagna non esita a giustificarla con la motivazione che anche tale assetto, benché fondato su di una dinamica incentrata non più sull'individuo ma sul gruppo organizzato, avrebbe mantenuto pur sempre come referente istituzionale un quadro politico-giuridico ancora attestato sul principio dei diritti dell'uomo, traendo la propria legittimazione formale dal fine della "difesa del debole".

È dunque sulle aporie del sistema sociale, sulla sua presunta inadeguatezza ad affrontare le sfide poste dallo sviluppo della "civiltà industriale" — *in primis* le questioni di una stabile composizione del conflitto fra capitale e lavoro, della direzione e razionalizzazione dell'economia e, più in generale, dell'organizzazione e controllo degli interessi sociali — che la Rivista vuol fondare la ragion d'essere dello stesso ordinamento sindacale e corporativo fascista, il quale verrà vantato come una forma realistica e del tutto originale di soluzione per tali problemi. Dove 'realistica' significa, per il direttore della Rivista, all'altezza di imperativi propri di una terza fase della concorrenza, di un terzo stadio che si distingue per essere caratterizzato dall'emergere — in concomitanza col generale riconoscimento della saturazione dei mercati e con la conseguente definitiva liquidazione della vecchia utopia liberista degli sbocchi illimitati — di un'assoluta dominanza del fenomeno della lotta economica fra Stati-Nazioni ([60]). Questo fenomeno, smentendo i più consolidati postulati dell'"ordine individualistico" circa la possibilità di equilibri interni ed internazionali scaturenti dalla libera dinamica delle forze economiche, verrebbe a rafforzare, fino a renderla ineludibile, l'esigenza di una drastica inversione del processo di sottomissione

([59]) Cfr. C. COSTAMAGNA, *Considerazioni...*, cit., p. 249.

([60]) Cfr. *op. cit.*, p. 253; ed anche, sempre di COSTAMAGNA, *Politica ed economia*, (a I, pp.562-565) e *L'universalismo economico e la crisi* (a IV, pp. 81-93).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del 'politico' all''economico' e di una contestuale ridefinizione, a livello dei principi generali del diritto, del rapporto individuo-società (gruppi)-Stato restaurante il primato, in senso forte, della dimensione politico-statuale.

Del tutto conseguente è l'immagine apologetica del regime fascista proposta da "Lo Stato": esso viene legittimato, ed esaltato, come tempestivo interprete dell'essenza della nuova fase, ossia per aver voluto, e saputo, procedere all'inversione postulata mediante l'assunzione di un principio di organizzazione civile antiindividualistico — e nel lessico della Rivista 'antiindiviualistico' significa "opposto a quello dei diritti dell'uomo" — idoneo a garantire (più o meno coercitivamente) l'attuazione della "solidarietà nazionale" e della "collaborazione fra le classi", quali condizioni indispensabili per promuovere lo sviluppo della "potenza economica" della Nazione ed il suo espansionismo.

Ed è scontato che a svolgere questo ruolo di nuovo principio di organizzazione civile sia eletto il tanto propagandato principio corporativo — principio la cui voluta ambiguità semantica aveva stimolato i più arditi esercizi retorici, ma anche lo scontro fra prospettive ideologico-politiche divergenti —, che viene inteso, primariamente, come un principio diretto a ricostruire la frantumata unità politica ed economica sulla riaffermazione del valore assoluto della sovranità dello Stato. Uno Stato soggettivato che anche l'antigentiliano Costamagna esortava a concepire, attingendo ad un immaginario disciplinare non certo nato col fascismo seppure da quest'ultimo valorizzato nelle sue componenti anti-individualistiche ed organicistiche ([61]), come "Stato etico", come entità trascendente gli aspetti esteriori di "ordinamento giuridico", di "insieme di poteri", di "complesso di servizi", perché suprema espressione della realtà sociale e morale di una "comunità particolare" (secondo la formulazione di Alfredo Rocco, ([62]), così da potergli attribuire delle finalità intrinseche postulanti la subordinazione delle volontà e degli interessi tanto degli individui che dei gruppi sociali.

([61]) Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., *passim*

([62]) Cfr. C. COSTAMAGNA, *Considerazioni..*, cit. Per Costamagna gli scritti di Rocco (e non di Bottai), insieme agli scritti di Mussolini e alla *Carta del Lavoro*, dovevano costituire le principali fonti del pensiero fascista e corporativo (cfr. la *Nota* della DIREZIONE a F. Ermarth, *La costruzione di un ordinamento corporativo in Germania*, cit., p. 745).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Negli articoli che illustrano la prospettiva costamagnana la ripoliticizzazione dello Stato, concepita come ferrea concentrazione "di tutta la forza prima frantumata in numerosi organismi sociali" (63) (l'elenco va dai *trust* industriali ai sindacati, ai partiti, alla grande stampa, ecc...) da attuare nella forma di una sovranità non più limitata dai diritti soggettivi degli individui e/o dei gruppi, assurge a condizione di possibilità della genesi di un equilibrio economico-sociale all'altezza delle sfide del secolo; equilibrio che, specie dopo il fallimento dei processi di razionalizzazione intentati dal capitalismo degli anni Venti, non sarebbe pensabile se non come "obbiettivo consapevole e deliberato di una responsabile iniziativa politica", necessariamente unitaria e centralizzata (64).

La posizione di Costamagna, che in definitiva tenta di fondare su degli imperativi scaturenti dalla stessa logica dello sviluppo economico l'assunto della necessità di un nuovo primato della politica — da cui il progetto, tutto ideologico, di ricondurre ad unità le scienze sociali entro un sistema gerarchico culminante con la "dottrina politica dello Stato" —, non deve, comunque, trarre in inganno; non deve indurre a credere che la nuova dimensione del politico, così come è teorizzata dalla Direzione della Rivista, si faccia interprete di esigenze proprie di un capitalismo con tendenze monopolistiche (come sarà invece per altri più avveduti protagonisti del dibattito sul corporativismo) (65), oppure prefiguri il passaggio a forme di capitalismo postprivato, o di 'economia amministrata', tali da rendere inoperanti le leggi economiche, con i connessi periodici fenomeni di crisi, togliendo al mercato ogni funzione direttiva (66). Se si passa dal

---

(63) *Umanità dello Stato*, (nella rassegna delle riviste, a IV, p. 152), dove si citavano alcuni brani dell'articolo di M. MARAVIGLIA, *Le riforme costituzionali e il fondmento dello Stato fascista*, con cui la Rivista consentiva del tutto.

(64) C. COSTAMAGNA, *Principi generali di economia corporativa*, a VI, p. 128. Cfr. anche, di COSTAMAGNA, *Che cos'è l'economia corporativa*, a III, pp. 528-530.

(65) Un esempio interessante in questo senso è quello di Widar Cesarini Sforza e della sua strategia di razionalizzazione a guida grande industriale (cfr. P. COSTA, *Widar Cesarini Sforza: 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n. 5-6, 1976-77, tomo II, pp. 1031-1095). Ma in questa direzione si muoveva anche Ugo Spirito, il cui progetto politico postulava la centralità della grande società per azioni.

(66) Secondo il modello di "capitalismo di Stato" proposto da F. Pollock per intepretare la tendenze del capitalismo post-grande crisi, segnatamente della ristrutturazione economica nazionalsocialista. Cfr. F. POLLOCK, *State Capitalism*, in *Studies in Philo-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

piano degli assunti generali a quello delle aspettative ad essi sottese si scopre che la postulata subordinazione dell'economico, da realizzare nei termini di una politicizzazione-giuridicizzazione dell'economia per mezzo dell'ordinamento corporativo, è del tutto irrealisticamente concepita (e qui sta il punto di maggior scarto non solo rispetto ai *trends* di sviluppo del capitalismo coevo, ma anche agli stessi indirizzi del regime) come il cardine di una strategia istituzionale diretta a riconfermare il sistema capitalistico mediante la riattivazione, all'interno di un mercato protetto e controllato, di una forma pregressa di dinamica economica: una dinamica nuovamente imperniata sulla figura del singolo imprenditore e non più impedita, nel suo svolgimento, dalle manovre monopolistiche delle grandi concentrazioni finanziarie ed industriali, né, tantomeno, dal dispiegarsi della conflittualità operaia in fabbrica e sul mercato del lavoro (67).

L'aspetto più interessante delle posizioni espresse in quegli anni dalla rivista di Costamagna sul tema del corporativismo non è, comunque, da ricercare nelle aspettative illusorie di cui viene investito l'ordinamento corporativo come riassetto dell'organizzazione produttiva, ma piuttosto nella più perspicua intuizione del nesso intercorrente, almeno nelle società sviluppate, fra organizzazione dello 'Stato autoritario' ed ideazione di inedite forme di controllo-neutralizzazione ed, insieme, di coinvolgimento-partecipazione delle masse dirette ad indebolire, se non a spezzare, le vecchie lealtà di classe e/o di gruppo.

A chi legga con attenzione gli articoli di fondo della Rivista non può sfuggire come il punto di vista prospettico informante la modellizzazione costamagnana del nuovo Stato sia determinato proprio dalla questione della 'nazionalizzazione' delle masse (68); questa problematica rappresenta infatti il nucleo generatore di una strategia che individua ed articola due livelli d'intervento, strettamente complementari, rispetto ai quali il 'corporativismo' viene ad assumere la duplice valenza di mito nazionale e di principio di organizzazio-

---

sophy and Social Science, vol. IX, 1941, tr. it. in F. POLLOCK, *Teoria e prassi dell'economia di piano*, a cura e con introduzione di G. Marramao, Bari, 1973.

(67) Cfr. la *Nota* all'articolo di ERMARTH, *La costruzione dell'ordinamento corporativo in Germania*, cit., ed anche della DIREZIONE, *Discorso sulla corporazione*, cit. e *Di nuovo le audaci riforme* (a III, pp. 524-527).

(68) Nel senso illustrato da G. MOSSE, *The Nationalization of the Masses*, New York, 1974; tr. it. Bologna, 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne della società, in sintonia con la coeva esigenza del regime di coniugare la mobilitazione politica con la stabilizzazione sociale: il livello dell'integrazione ideologica, ovvero delle pratiche finalizzate a promuovere la formazione di una coscienza nazionale unitaria facendo leva anche sulla diffusione di miti e simboli idonei a sollecitare l'identificazione del 'popolo' con il regime e con la sua 'missione' storica, livello che sarà riconosciuto come sfera d'azione propria del partito fascista e della sua sempre più pervasiva organizzazione; e quello dell'integrazione, sulla base delle funzioni svolte, delle masse nello Stato, da realizzarsi per mezzo dell'ordinamento sindacale e corporativo secondo un disegno di tendenziale riduzione dello *status* di cittadino a quello di pubblico funzionario (69).

Si tratta ora di vedere in modo più riavvicinato su quali basi dottrinarie poggi, come si sviluppi ed articoli, e con quali precisi obbiettivi polemici, la concezione dello Stato fascista e della sua organizzazione che contraddistingue l'orientamento della Rivista.

2. *Principio corporativo e ordinamento corporativo.*

2.1. *La Carta del Lavoro e il nuovo principio di legalità.*

Se la giustificazione storica dell'"ordine corporativo", come assetto rispondente ad una forma statuale di tipo totalitario, è fatta risalire alle aporie del sistema sociale, alla sua (presunta) inadeguatezza nei confronti degli imperativi specifici della nuova fase della concorrenza, la legittimazione dottrinaria della concezione totalitaria è invece ricercata nel testo canonico dei corporativisti, in quella *Carta del Lavoro* che la propaganda fascista vantava come una coerente enunciazione del programma economico-sociale della 'rivolu-

(69) I due aspetti sono ben colti anche dallo smendiano L. LACHMANN nell'articolo *Integralismo fascista* (a. II, pp. 31-39), che prende come testi di riferimento gli scritti di Costamagna. In quest'articolo, molto apprezzato dalla Direzione della Rivista, Lachmann distingue due dimensioni dell'integralismo fascista: l'"integralismo oggettivo", concretantesi nell'inquadramento del popolo nello Stato e in quella che viene definita (parafrasando Costamagna) la trasformazione dell'imprenditore e del lavoratore in "funzionari della Nazione", e l'"integralismo soggettivo", che sarebbe l'obiettivo degli sforzi intesi a "svolgere la coscienza individuale sotto l'impronta dello spirito fascista", sforzi comportanti l'adozione di un nuovo stile politico in cui il rito e il mito (nella fattispecie il "mito nazionale-corporativo") verrebbero a svolgere un ruolo essenziale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione' e dei suoi principi informatori ([70]). Per servire allo scopo essa deve, peraltro, essere sottoposta ad una lettura realistica, intesa a chiarirne il "vero spirito", che risulta sostanzialmente antitetica non solo alla lettura proposta dai corporativisti "puri", preoccupati di trovarvi appigli per rivendicare una qualche autonomia, economica e politica, alle promesse corporazioni, ma, altresì, a quella avanzata dagli esponenti del neo-corporativismo cattolico, i quali tenevano soprattutto a far risaltare la presenza, nel programma, di elementi di giustizia e solidarismo sociale.

In polemica con quei giuristi che avanzavano fondati dubbi sul valore giuridico della Carta, la Rivista, sotto l'egida del suo direttore, si era mobilitata, fin dall'inizio, per sottrarla alla sfera dei meri atti politici, cercando di dimostrarne l'appartenenza, dopo la legge del 13 Dicembre 1928 autorizzante il governo a darle attuazione, all'ordinamento positivo vigente, con valore di vero e proprio "atto costituzionale". Ma se alla maggioranza delle enunciazioni contenute nel documento viene attribuito (con ben comprensibili difficoltà sotto il profilo tecnico-giuridico) un carattere sostanziale di norme giuridiche, pur essendo esse espresse in forma dichiarativa, sono poi solo le prime due ad esser ritenute basilari per accedere a una corretta comprensione dello "spirito del sistema" ([71]). A queste si rimanda per l'"interpretazione autentica" dei concetti presiedenti "non solo

---

([70]) La fondamentale inefficienza della *Carta del Lavoro* è messa in luce, fra gli altri, da G.C. JOCTEAU (*La magistratura del lavoro nello stato fascista*, in *Il regime fascista* cit.), che ne sottolinea il ruolo di "mistificante 'facciata' del regime, esibita ogniqualvolta si intendeva mostrare l'ordinamento sindacale corporativo come all'avanguardia nella legislazione sociale" (p. 134). Questo documento — che ribadiva quali principi base "collaborazione di classe, preminenza dell'iniziativa privata sull'intervento dello Stato nel campo economico, contrattazione collettiva sulla base del sindacato unico, magistratura del lavoro" (AQUARONE, *L'organizzazione...*, cit., vol. I, pp. 142-143) — si presentava come molto avanzato per la parte concernente i diritti dei lavoratori e per l'indicazione dei fini sociali dell'attività privata. Per una ricostruzione del processo di elaborazione della Carta, la cui paternità è stata attribuita a Rocco, cfr. R. DE FELICE, *Mussolini il fascista. II L'organizzazione dello stato fascista* (1925-1929), Torino, 1968.

([71]) In realtà solo con la legge del 30 gennaio 1941 si riconobbe alle dichiarazioni della Carta il valore di principi generali dell'ordinamento giuridico e di criterio direttivo per l'interpretazione e applicazione della legge. Per quanto concerne la controversia che si sviluppò intorno alla questione del valore giuridico della Carta cfr. U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*, in *Storia contemporanea*, a I, 1970, pp. 105-121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla cosiddetta legislazione corporativa, ma a tutta la legislazione costituzionale dello Stato" ([72]).

La lettura proposta da "Lo Stato", che fa propria, con peculiari intenti, la tesi bottaiana della costituzionalità del principio corporativo enunciato nella Carta, si prefigge infatti di stabilire una netta distinzione fra le due dichiarazioni iniziali, elevate al ruolo di fonti del nuovo principio costituzionale anti-individualistico (del cosiddetto 'principio corporativo'), e le successive enunciazioni, che si vogliono far apparire come una specificazione-applicazione di tale principio in un ambito particolare: quello della disciplina dei rapporti di lavoro e delle relazioni economiche. Relativamente a quest'ultimo settore si teneva anche a precisare, prendendo a bersaglio i sostenitori dell'autonomia dell'ordinamento sindacale e corporativo, che: "della riforma iniziata colla 'legge sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro' e compiuta colla 'legge sul Consiglio Nazionale delle Corporazioni' la *Carta del Lavoro* pone insomma la regola fondamentale di interpretazione col paragrafo I, riferendo gli obbiettivi della riforma stessa esclusivamente al fine trascendente dello Stato" ([73]).

Questa lettura — rigidamente ancorata ad uno schema ideologico-dottrinario organicistico che categoricamente esclude la possibilità di più legami di fedeltà comunitari, anche se gerarchicamente ordinati, venendo ad identificare la comunità con la Nazione, quale "unità organica di popolo", per poi risolverla integralmente nello Stato — dal primo paragrafo ([74]) evince:

1) che la natura del nuovo principio corporativo è quella di un principio che impone la solidarietà nazionale, da non confondere — si badi bene — col solidarismo sociale, ([75]) nella forma di un'assoluta

([72]) Cfr. C. COSTAMAGNA, *La validità della Carta del Lavoro*, a II, pp. 785-197; per la citazione p. 791.

([73]) *Op. cit.*, p. 797.

([74]) Nella prima dichiarazione si enunciava: "la Nazione italiana è un organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori a quelli degli individui divisi o raggruppati che la compongono. È una unità morale, politica ed economica che si realizza integralmente nello Stato Fascista". (AQUARONE, *L'organizzazione...*, cit., vol. II, p. 477).

([75]) Se il concetto di 'solidarismo' implica sempre l'idea di un "catalogo dei doveri", nel caso del "solidarismo sociale" si tratterebbe di doveri a favore degli individui, in quello del "solidarismo nazionale" di doveri nei confronti dello Stato. Il solidarismo postulato dalla "nuova etica" del fascismo doveva trovar concrezione, per Costamagna,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

subordinazione degli interessi degli individui, sia come singoli sia come elementi di un gruppo sociale, a quelli dello Stato, concepito come entità in cui si realizza (in senso deontico) l'unità, oltre che politica, anche morale ed economica della Nazione;

1-*a*) che, *quindi*, l'interesse superiore dello Stato costituisce il criterio di una "nuova legalità", della 'legalità' fascista, da cui è definitivamente espunto l'obiettivo della "*garanzia delle autonomie individuali*" ([76]),

1-*b*) che lo Stato della dottrina fascista, come momento della ricomposizione dell'unità nazionale nei suoi diversi aspetti, è, sotto il profilo teorico e pratico, un'"entità che trascende il dato dell'individuo e ne compendia e ne disciplina tutte le manifestazioni collettive" ([77]). Ragion per cui l'organizzazione sociale dovrà coincidere, senza residui, con l'organizzazione statuale.

La formula dell'identità fra Stato e Nazione-Popolo si converte così, secondo il ben noto processo della *reductio ad unum* tipico di questa pubblicistica di regime, in quella dell'identità di Stato e Società, dando luogo ad un'equazione che alla Rivista sembra ben compendiare il "disegno totalitario", o "integrale" del fascismo. Un disegno di statalizzazione-fascistizzazione della società la cui pratica attuazione verrà poi fatta dipendere dalla creazione di "un sistema di istituzioni pubbliche qualificate dallo scopo di effettuare l'integrazione del popolo nello Stato", imperniato, come si è accennato, su due istituzioni chiave: quella del P.N.F. e quella del sindacato legalmente riconosciuto, rispettivamente demandate al perseguimento dell'unità ideologico-morale e dell'unità economica della Nazione ([78]).

---

proprio "nel comune riconoscimento della subordinazione al fine superiore di attuare lo Stato come unità".

([76]) C. COSTAMAGNA, *La validità...*, cit., p. 791.

([77]) *Fuori da ogni equivoco* (corsivo senza firma, certamente di Costamagna), a I, p. 455.

([78]) Già negli *Elementi di diritto Costituzionale corporativo fascista* (Firenze, 1929), opera all'epoca molto citata, Costamagna aveva delineato i fondamenti di una dottrina delle "istituzioni sociali" quali elementi dello Stato (totalitario). Tale dottrina, che nella *pars destruens* intendeva mostrare l'insufficienza delle figure della dogmatica giuridica tradizionale (in particolare della figura della persona giuridica di diritto pubblico, troppo esposta a travisamenti "pluralistici") ai fini dell'inquadramento giuridico dei nuovi istituti, nella *pars costruens* proponeva di assumere come nozione centrale, intorno a cui svolgere il lavoro di organizzazione giuridica, proprio la nozione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La seconda dichiarazione, in cui si enuncia che "il lavoro in tutte le sue forme... è un dovere sociale" e che "a questo titolo e solo a questo titolo è riconosciuto dallo Stato" ([79]) è invece considerata alla stregua di un semplice corollario della precedente; un corollario inteso a chiarire, sulla base del nuovo principio di legalità quale "regola di subordinazione", la natura della nuova relazione Stato individuo che trasforma il cittadino in servitore delle autonome finalità dell'ente politico. Forzando oltremodo la lettera a favore dello spirito, come di consueto, questa lettura dalle proposizioni sopracitate deriva:

1) che il lavoro viene consacrato come un dovere nei confronti dello Stato, non essendo concepibile, alla luce del principio corporativo, altra forma di socialità che quella che si estrinseca nella, e per la, comunità politica realizzante la Nazione;

1-*a*) che, *quindi*, fra i due termini della relazione Stato-individuo si ricostruisce un rapporto fondato proprio sul concetto forte di dovere; dovere, ben s'intende, dell'individuo nei confronti dello Stato.

In altri termini, la tesi avanzata, cardine della concezione totalitaria sostenuta dalla Rivista, è che: "il titolo per cui il cittadino si lega allo Stato e partecipa allo Stato non può più essere" — dopo la *Carta del Lavoro* — "quello dell'esercizio di un diritto negativo di libertà. Bensì deve essere il titolo di una funzione positiva di collaborazione. E pertanto l'adempimento di un dovere" ([80]).

---

di istituzione, in un'accezione svuotata di ogni elemento "subiettivo" per intenderla come "parte inscindibile dello Stato". Tale nozione avrebbe dovuto rispecchiare i nuovi modi di partecipazione del cittadino allo Stato, non più fondati sull'esercizio di un diritto soggettivo individuale (e, tantomeno, sociale), bensì su quello di un "dovere-funzione" spontaneamente assunto. A fondamento dell'"istituzione sociale", che veniva concepita come "un congegno integrante del governo", priva quindi di una volontà propria, si poneva l'elemento dell'"iniziativa volontaria individuale" nella forma dell'"assunzione spontanea di pubblico servizio" (esempi di tale 'assunzione spontanea': la figura dell'iscritto al P.N.F. e quella del socio dell'associazione sindacale legalmente riconosciuta). Per la dottrina delle istituzioni sociali si vedano, in particolare, di COSTAMAGNA: *Le associazioni sindacali nel diritto fascista* (a I, pp. 139-158), *Ancora sull'argomento: organi, istituzioni e persone giuridiche di diritto pubblico* (a II, pp. 567-579), *Contributi alla determinazione del tipo di governo nello Stato fascista* (a III, pp. 161-173), *Dal Parlamento sovrano alle grandi magistrature nazionali*, cit.; ed inoltre V. CRISAFULLI, *Il Partito nella recentissima letteratura italiana*, cit., che riassume i punti salienti della dottrina costamagnana.

([79]) A. AQUARONE *L'organizzazione...*, cit., vol. II, p. 471.

([80]) C. COSTAMAGNA, *L'insediamento delle corporazioni*, a V, p. 759. Ma già in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questa interpretazione estremistica, e certamente marginale rispetto alle posizioni emergenti nel dibattito di quegli anni — ma non si può nemmeno dimenticare che Costamagna aveva partecipato ai lavori preparatori del documento —, conduce a un più ambizioso progetto: quello di fornire, tramite la Rivista, i parametri, oltre che per una corretta impostazione della questione corporativa, per una radicale messa in discussione delle figure e degli istituti tradizionali della dogmatica giuridica; progetto in cui si iscriverà anche il tentativo, presente in non pochi degli articoli 'scientifici' pubblicati su "Lo Stato", di conferire alla legislazione fascista (nonostante la riconosciuta presenza in essa di incertezze e contraddizioni, giudicate peraltro inevitabili nella prima opera legislativa) 'dignità' di complesso normativo sostanzialmente coerente, perché ispirata ad un nuovo principio costituzionale, quello della "subordinazione dell'interesse individuale all'interesse dello Stato", e perché pensata in funzione della concreta attuazione di un organico disegno totalitario.

Destinato a risolversi in un'operazione tutta ideologica, anche per la ben nota disorganicità della legislazione del Ventennio e per la provata incapacità del regime di dar piena attuazione alla propria vocazione totalitaria, il velleitario programma costamagnano si distingue, nel panorama della giuspubblicistica fascista, per essere sotteso da una valutazione spregiudicata, ma certo non priva di fondamento, della portata delle trasformazioni operate, a partire dalla legge del '25 sulle attribuzioni e prerogative del Capo del Governo, nella struttura dello Stato italiano. Alla base della campagna promossa dalla Rivista per una "ricostruzione organica della dottrina giuridica dello Stato e del diritto" e per l'adeguamento degli schemi scientifici al sistema positivo vigente vi è un'idea-guida che contrasta con le concezioni dominanti entro il ceto dei giuristi: l'idea che ci si trovasse ormai di fronte a delle trasformazioni di natura tale da esigere, nonostante la non abrogazione formale dello Statuto del Regno, il riconoscimento dell'esistenza di una nuova Costituzione, connotata, in

---

L'associazione professionale..., cit., si legge: "il rapporto fra il cittadino e lo Stato nella dottrina corporativa viene stabilito sul concetto del dovere. In modo particolare il *dovere del lavoro* è sancito dal paragrafo II della 'Carta del Lavoro' la quale ammonisce che il titolo stesso dell'organizzazione professionale e quindi della funzione sindacale è stabilito sul riconoscimento del dovere del lavoro inteso quale dovere verso la Società, cioè verso lo Stato" (pp. 148-149).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

negativo, proprio dal ripudio dei dogmi del costituzionalismo dottrinario, e che di conseguenza solo a prezzo di un vero e proprio misconoscimento della nuova realtà politica e giuridica si potesse continuare ad attribuire allo Stato italiano i caratteri di una forma statuale organizzata secondo i criteri della rappresentanza politica e della divisione dei poteri ed ancora garante dei diritti individuali di libertà. Da qui il ripudio della formula 'Stato di diritto' ([81]) per connotare il nuovo Stato e le molte e ripetitive pagine dedicate alla polemica contro il perdurante "tradizionalismo" di un rilevante ed autorevole settore del pensiero giuridico italiano ([82]), la quale finisce per coinvolgere, nella critica, la stessa politica culturale del regime e le sue ambiguità, giudicate sintomatiche della mancanza di una coerente volontà direttiva. Perché se da una parte i giuristi venivano sollecitati, almeno formalmente, a ricomporre la scissione esistente fra la dottrina e la legge, dall'altra si continuava, in pratica, a dare spazio e credito alle tesi della sostanziale invarianza del tipo costituzionale e delle figure della dogmatica giuridica ed ai conseguenti tentativi di sistemazione dei risultati della 'rivoluzione' fascista nell'alveo del diritto pubblico tradizionale.

([81]) La formula polivalente 'Stato di diritto' viene usata (e criticata) da Costamagna nell'accezione di "Stato che assume il diritto come obiettivo della propria attività, come ragione della propria esistenza...", dove per 'diritto' si intende il "diritto soggettivo individuale" (La Direzione, *Per la chiarificazione delle idee: Stato di diritto e Stato moderno*, a III, p. 117; articolo che è un attacco a Ranelletti e alla sua identificazione dello 'Stato moderno' con lo 'Stato di diritto'). Sulla controversia, che divise la giuspubblicistica fascista, intorno alla questione dell'estendibilità o meno di tale formula al 'nuovo' Stato cfr. P. Costa, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 398 ss.

([82]) Nella categoria dei "tradizionalisti" Costamagna finisce per includere la maggioranza dei giuristi italiani di quegli anni (da Orlando a Romano, da Barassi a Guidi...), anche se la polemica più diretta è con Ranelletti per un verso (cfr. in part., oltre a *Per la chiarificazione delle idee*, cit., *Scuola giuridica tedesca e dottrina nazionale dello Stato*, a III, pp. 292-296), per un altro, più specificamente concernente la questione dello *status* giuridico del sindacato e l'interpretazione dell'istituto del contratto collettivo di lavoro, con Carnelutti e Zanobini (cfr., in part., *La legge e il contratto*, a I, pp. 10-23; *Le associazioni professionali nel diritto fascista* , cit.; e la *Nota* all'articolo di Zanobini, *Caratteri giuridici degli enti pubblici sindacali*, a II, pp. 108-110). Tuttavia anche l'estremista Costamagna, nonostante la pretesa di porsi fuori della propria tradizione disciplinare, continuerà a muoversi all'interno di binari tracciati da quei modelli e da quell'immaginario (cfr. ancora P. Costa, *Lo Stato immaginario*, cit., che mostra come le componenti della matrice disciplinare condizionino anche coloro che, come Costamagna, pretendevano di porsi fuori della tradizione giuspubblicistica italiana).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un secondo aspetto degno di nota è che la situazione sopramenzionata veniva stigmatizzata come il portato non solo di un'oggettiva difficoltà di fascistizzare la cultura accademica, ma anche di un calcolo di convenienza da parte dei più diretti responsabili degli indirizzi della politica culturale miope e gravido di rischi per il futuro del regime. Dietro l'intransigenza dottrinaria postulata, spesso nei termini più rozzi, da Costamagna e dal suo gruppo c'è la precisa convinzione che le sorti del sistema di dominio totalitario, la sua durata, si sarebbero giocate in non piccola misura proprio sul terreno dell'integrazione ideologica, in dipendenza dalla capacità del regime di attivare, e non solo a parole, la tanto decantata "rivoluzione spirituale": quella rivoluzione nelle rappresentazioni collettive della società, nei valori, nei comportamenti, che avrebbe dovuto forgiare una nuova mentalità e un nuovo tipo antropologico, ovvero dar vita all'"uomo nuovo" fascista. E questo risultato non sembrava conseguibile coi soli dispositivi della mera propaganda, nel vuoto di una identità politica e culturale del regime, di un suo autonomo indirizzo ideologico-teorico, che finiva per perpetuare l'immagine — accreditata negli anni Venti per fungere anche da strumento di cattura del consenso degli intellettuali — di un fascismo multianime e, nel complesso, restio ad operare una radicale rottura con le dottrine del passato e coi loro impianti categoriali (più propenso, semmai, a mettere in atto procedimenti di appropriazione-utilizzazione di quegli impianti in contesti tali da svuotarli dei loro originari contenuti concettuali) ([83]).

2.2. *La ridefinizione del rapporto fra 'politica' ed 'economia': la concezione 'dualistico-gerarchica'.*

È all'interno di questo contesto polemico che Costamagna individua l'elemento principe della debolezza teorica e ideologica del fascismo — da cui la difficoltà di dotare il regime di un coerente apparato dottrinario idoneo a legittimare la nascita del nuovo Stato, ma anche a fungere da parametro per il suo necessario perfezionamento

([83]) Per questi aspetti della politica culturale del fascismo, che ha come principale artefice Giovanni Gentile, cfr., in particolare, G. TURI, *Il fascismo e il consenso degli intellettuali*, Bologna, 1980. Di Costamagna si vedano in part., fra i molti interventi sul tema, *Fuori da ogni equivoco*, cit., e *Unità fascista* (II, pp. 122-124).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— in una persistente non chiarezza di idee e disomogeneità di indirizzi nei confronti di un problema chiave, nodo teorico centrale di ogni dottrina dello Stato e perciò stesso campo di scontro per eccellenza delle diverse ideologie sottese alle molte versioni del corporativismo: quello (ancora una volta) della definizione, o meglio ridefinizione concettuale del rapporto tra sfera del 'politico' e sfera dell''economico' ([84]), per la cui corretta impostazione, nell'ambito della dottrina fascista, si riteneva d'obbligo una preliminare analisi e valutazione del nesso intercorrente fra "crisi del cosiddetto 'Stato moderno'" (formula che nel lessico della Rivista finisce per diventare sinonimica di "crisi del costituzionalismo liberale") e crisi dell'economia capitalistica. Conosciamo già il tipo di sequenza proposto per ricostruire, partendo dal rilevamento del rapporto di corrispondenza esistente fra istituzioni politico-giuridiche liberali e strutture del capitalismo concorrenziale, il processo della crisi dello Stato, ovverosia della forma statuale fondata sul principio-presupposto della scissione e reciproca autonomia fra politica ed economia, nel suo nesso con la logica evolutiva del sistema concorrenziale. Il punto chiave dell'analisi stava proprio, lo si è visto, nel tentativo di derivare dalla stessa dinamica di sviluppo del capitalismo, quella dinamica che dà luogo al mercato controllato e manipolato dalle grandi organizzazioni economico-sociali, la caduta di quegli imperativi di ordine strutturale che avevano presieduto all'universalizzazione del modello politico-giuridico dello Stato liberale ed il concomitante progressivo affermarsi di un intreccio fra politica ed economia ridefinente gli equilibri all'interno di questa coppia, non più oppositionale, a tutto favore del secondo polo, con la conseguente subordinazione dell''interesse generale' agli interessi particolari dei gruppi dotati di maggior peso contrattuale.

Alla luce di questo modulo interpretativo la 'grande crisi' — da Costamagna definita con formula mussoliniana "crisi del sistema" ([85]), ma solo per indicarne la non risolubilità con i soli dispositivi intrinseci al vecchio automatismo capitalistico — può essere investita di un duplice significato: per un verso ineluttabile risultato delle tendenze, operanti in tutti i paesi capitalistici, alla concentrazione e al monopolio, coi loro effetti incrociati, minanti alle fondamenta il

([84]) Cfr. C. COSTAMAGNA, *Politica ed economia*, cit.

([85]) C. COSTAMAGNA, *L'universalismo economico e la crisi*, cit., p. 81.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meccanismo economico, di dislocazione del potere politico effettivo presso i vertici delle maggiori organizzazioni di interesse ed, insieme, di irrigidimento sia dei prezzi che del mercato del lavoro; per un altro, e più in generale, predestinato punto di approdo dello svolgimento dell'"economia libera", nei suoi due interni momenti, all'altezza del quale diviene possibile e necessario ripercorrere i vari stadi del principio concorrenziale, e del connesso dogma della libera ricerca del massimo vantaggio individuale, per disvelare l'essenza irrazionale, anarchica, del dinamismo economico spontaneo; un dinamismo in cui è *ab origine* iscritto il fallimento del mercato quale luogo deputato all'organizzazione dei rapporti economico-sociali.

Stando a questa lettura — ancora una volta se non originale neppure scontata — la crisi, lungi dal rappresentare la fine del sistema capitalistico, ne verrebbe a suggellare la definitiva chiusura di una fase, contrassegnata dall'effettiva supremazia esercitata, nella teoria e nella pratica, dalla dimensione dell'economico, portando essa allo scoperto il nesso sussistente fra trasformazione strutturale del mercato, indotta dalla stessa logica di svolgimento del principio concorrenziale, e venir meno delle condizioni di possibilità di un'economia autoregolata, ovvero proprio di quelle condizioni che avevano permesso all'economia di costituirsi come scienza autonoma.

Ai fini della postulata chiarificazione dottrinaria il disvelamento dell'irrazionalità dell'economico funge da *medium* necessario per riaffermare la centralità dello Stato (della sovranità) come unico possibile polo dell'organizzazione civile, sola potenza in grado di garantire lo svolgimento delle funzioni indispensabili alla sintesi sociale, ed anche per ritenere dimostrata la necessità di una ridefinizione, nella pratica e nella teoria, della relazione fra le due sfere in questione sanzionante la subordinazione dell'"economia individualista" (leggi "ricerca del profitto individuale") alla politica. Questo significa, in termini di riconsiderazione delle funzioni statuali, dar per dimostrata la necessità di avocare allo Stato il compito, già affidato al mercato, di coordinare le iniziative economiche dei privati ma anche di subordinarle autoritativamente ad un criterio di "utilità generale". La nuova dottrina dello Stato deve allora, per Costamagna, fondarsi su una "concezione dualistica" prefigurante un rapporto gerarchico di distinzione-subordinazione fra le due sfere, configurandosi il nuovo sistema come "un sistema di autorità", in aperta opposizione nei confronti tanto delle vecchie e nuove versioni dell'indipen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

denza dell'economico (dove fra le nuove può rientrare il mito dell'autogoverno delle categorie), quanto degli esercizi speculativi, di ascendenza gentiliana, teorizzanti una più profonda identità di economia e politica, di individuo e Stato ([86]).

All'interno della rivista la concezione "dualistica" e "gerarchica", vantata come la sola coerente coi principi della *Carta del Lavoro* ed atta a rispecchiare le linee direttive della prassi del regime, si riflette nella difesa di un indirizzo dottrinario che, forte degli esiti dell'economia di concorrenza e delle connesse illusioni sull'armonico finale comporsi dei contrastanti interessi privati, teorizza l'esistenza di uno scarto non contingente ma strutturale, di un *no bridge* assoluto, fra interessi particolari ed interesse generale; dove il fine è quello non già di arrivare a mettere realmente in discussione il ruolo dell'interesse individuale nel processo produttivo, dal momento che per il fascismo-regime l'interesse al profitto resta pur sempre l'intoccabile motore dello sviluppo economico, bensì di rivendicare il riconoscimento, accanto agli interessi individuali, di "un interesse nazionale" per natura "distinto, superiore ed eventualmente anche opposto" a quello degli individui ([87]). Il che equivale, per la logica della Rivista, a dare per fondata teoricamente l'esistenza di un soggetto, cui poter imputare l'interesse in questione, caratterizzato da una simmetrica posizione di distinzione-superiorità nei confronti del soggetto individuo. Ed è scontato che quest'operazione retorica si concluda con il consueto conferimento di realtà e personalità sostanziale all'ente Stato, attivando ancora una volta quei procedimenti di ipostatizzazione-valorizzazione, di lunga tradizione, che erano divenuti una componente essenziale del pensiero politico-giuridico del fascismo italiano.

Per definire la natura del sistema economico prefigurato dal modello dualistico-gerarchico Costamagna riprenderà la formula di "economia della non-massima soddisfazione" (già proposta da Fovel) convertendola in quella ancora più carica di inconsapevole ironia, dato il contesto, di "economia di soddisfazione limitata ([88]), intendendo con ciò designare un sistema in cui l'azione economica, co-

([86]) Cfr. la *Nota* all'articolo di ERMARTH, *La costruzione di un ordinamento corporativo in Germania*, cit., p. 745, e *Politica ed economia*, cit.

([87]) C. COSTAMAGNA, *Principi generali di economia corporativa*, a VI, p. 125.

([88]) *Op. cit.*, p. 127.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

me ricerca dell'interesse individuale, trova una regola ed un limite, non più naturale ma imposto autoritativamente da un potere esterno, in una finalità che la trascende e che coincide con l'"interesse o bene della Nazione", sempre concepito come autonomo rispetto a quello degli individui (sia divisi che uniti in coalizioni d'interessi), di esclusiva titolarità dello Stato quale "soggetto sopraordinato".

L'aporia di fondo di questo disegno totalitario diviene qui manifesta: la conclamata identità di Stato-Nazione-Società finisce per lasciar fuori come dimensione residuale, e quindi irriducibilmente 'asociale', proprio la dimensione dell'economico, il cui funzionamento continua ad essere visto come necessariamente connesso al dispiegarsi dei moventi puramente egoistici dell'azione, al conflitto, non mediabile, dei molteplici interessi particolari, per cui solo coercitivamente, mediante il ricorso ad una forza esogena, esso sembra poter essere ricondotto all'unità postulata dal politico-sociale. Lo spettro del vecchio *homo oeconomicus*, più volte dichiarato morto e sepolto ([89]), rispunta nuovamente dietro le poco solide spalle del nuovo *homo corporativus* e ne incrina irrimediabilmente l'immagine codificata.

Un passo ulteriore nella chiarificazione dei caposaldi dell'impianto dottrinario che serve alla Rivista da sostegno per prendere posizione sulla questione corporativa è poi compiuto col far discendere dalla ridefinizione dei contenuti dell'azione statuale, sanzionante il passaggio allo Stato del compito di organizzare le condizioni dell'equilibrio sociale e dell'espansione economica della Nazione, la necessità del ribaltamento, sul piano dei principi politico-giuridici, del rapporto fra individuo e Stato imperniato sulla tutela delle libertà civili e politiche. Con ottica improntata al più gretto economicismo Costamagna arriverà a liquidare le libertà come mero retaggio di uno stadio superato del capitalismo, da eliminare perché traformatesi da condizioni dello sviluppo economico in ostacoli per le strategie pubbliche di messa a punto ed attuazione dei piani di riorganizzazione dell'economia indispensabili per la fuoriuscita dalla crisi. Ed il

([89]) Cfr., in particolare, E. FERRI, *Il sepolcro dell'uomo economico*, a II, p. 708-717. La fine dell'*homo oeconomicus*, solennemente dichiarata da Mussolini, è un altro dei *topoi* ricorrenti in questa pubblicistica; su di esso si è soffermato Santomassimo ben chiarendo il valore ideologico-propagandistico della polemica dei "corporativisti" nei confronti di questa figura (cfr. *Aspetti della politica culturale del fascismo...*, cit., pp. 12 ss.)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cerchio si chiude: la subordinazione dell'economico, che sanziona l'intervento dei pubblici poteri anche nella sfera di attività dei 'privati' in nome di finalità superindividuali, viene a consacrare la preminenza nel sistema della relazione comando-obbedienza, che deve assurgere a cardine del "nuovo ordine legale"; quel nuovo ordine che si voleva fondato non più sul concetto di diritto soggettivo individuale, bensì sul contrapposto concetto di dovere: dovere del lavoro, ma anche dell'iniziativa economica privata nei confronti di quell'unico depositario dell'interesse nazionale che è lo Stato fascista.

In quegli anni uno dei nodi problematici più presenti nel dibattito sul corporativismo, rispetto al quale si era registrato un impegno teorico-analitico non indifferente che recepiva sollecitazioni provenienti da ambienti culturali affatto estranei al fascismo italiano, era rappresentato proprio dalla controversa questione delle sorti della proprietà privata nelle società postconcorrenziali in generale e, segnatamente, nel nuovo ordine corporativo in via di definizione ([90]). Nello spettro di posizioni che si era venuto delineando la posizione difesa da "Lo Stato" occupa un posto a sé, di particolare interesse perché offre la chiave per decifrare gli effettivi obiettivi politico-istituzionali sottesi al modello 'dualistico-gerarchico' che fortemente condizionano la peculiare visione dell'ordinamento sindacale e corporativo espressa dalla Rivista. Anche in questo contesto il richiamo al vero spirito della *Carta del Lavoro*, con particolare riferimento alla tanto discussa settima dichiarazione, è d'obbligo per il direttore de "Lo Stato", che viene a far dipendere la riconferma e difesa della proprietà nel nuovo ordinamento da una 'rivoluzionaria' trasformazione del suo *status* giuridico: non più diritto assoluto del cittadino, bensì strumento dell'"interesse superiore" della produzione e quindi "funzione" d'interesse nazionale ([91]), dove per 'inte-

([90]) Anche in Italia questa problematica si ricollegava, in più casi, ad un'analisi delle tendenze del capitalismo occidentale che fermava l'attenzione sul progressivo imporsi di una dominanza del tipo della grande impresa "spersonalizzata" — già analizzato da Rathenau, come sottolineava Lachmann (cfr. *Le forze politiche e la riorganizzazione dell'economia mondiale*, a II, pp. 887-889) —, mettendo in risalto proprio il fenomeno della separazione del possesso del capitale dall'impresa nella società anonima moderna ed il conseguente cambiamento di funzione dell'istituto della proprietà privata (di cui i corporativisti "integrali", come Spirito e Volpicelli, si compiacevano di profetizzare l'inevitabile decadenza).

([91]) La dichiarazione VII della Carta del Lavoro, che riaffermava essere l'iniziativa privata "lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione", definiva l'or-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

resse nazionale' deve intendersi — in contrapposizione alle interpretazioni esaltanti una presunta nuova funzione sociale perequativa dell'istituto — un interesse trascendente ogni finalità di mera giustizia sociale.

Il fine di quetsa interpretazione della Carta non è tuttavia, come potrebbe sembrare, puramente retorico e propagandistico; dal complesso delle argomentazioni impiegate per giustificarla e per chiarirne il valore e la portata, risulta che la vera preoccupazione di Costamagna, cui non sfuggono i punti salienti del dibattito, è in realtà quella di legittimare l'assoggettamento dell'uso della proprietà privata a controlli e limitazioni, formalizzando, ma con finalità esplicitamente antimonopolistiche, la scissione già in atto in alcuni settori produttivi fra diritto legale di proprietà ed effettivo potere di disposizione su di essa. In altri termini, tale scissione, prodottasi nel corso dei processi di concentrazione e centralizzazione monopolistica a tutto vantaggio delle maggiori coalizioni d'interesse, doveva, per essere depurata dei suoi effetti negativi, venir registrata e sanzionata ufficialmete per poi trasferire ad organismi propri dello Stato il potere di imporre restrizioni alla libertà di contratto e di impresa, sottraendolo così all'arena sociale dominata dagli interessi particolaristici dei più potenti "consorzi corporativi".

Se questo è il contenuto di senso della posizione di Costamagna non stupisce che l'ordinamento corporativo sia poi concepito, secondo un modello che intende coniugare elementi descrittivi e prescrittivi, come la peculiare forma di organizzazione adottata dal regime per publicizzare il potere in questione e per trasformarlo nel principale dispositivo di intervento pubblico in campo economico-sociale; per restare alla terminologia costamagnana, in mezzo principe per l'attuazione della postulata "subordinazione dell'economico". Il complesso degli istituti sindacali e corporativi viene quindi pensato come un mero strumento dell'azione statuale contrassegnato dalla specifica funzione di disciplinare la dinamica degli interessi particolari, nella sfera dei rapporti di lavoro come delle relazioni economiche fra categorie, mediante un sistema di vincoli di carattere emi-

---

ganizzazione privata della produzione "una funzione d'interesse nazionale" per poi attribuire all'"organizzatore dell'impresa" la responsabilità "dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato" (AQUARONE, *L'organizzazione...* cit., vol. II, p. 478). Cfr., sul 'nuovo' concetto di proprietà, G. ARIAS, *La proprietà privata nel diritto fascista*, (a VI, pp. 333-335) e la risposta di Costamagna che segue.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nentemente giuridico ("norme professionali" e "norme economiche"), che si vogliono ispirati al principio direttivo della tutela dell'interesse dello Stato, nella sua specificazione settoriale di interesse dell'economia nazionale. Interesse, quest'ultimo, alla cui determinazione le istituzioni a base professionale si riteneva dovessero collaborare in virtù di una competenza di tipo esclusivamente tecnico-specialistico, rimanendo poi la decisione ultima retaggio delle supreme sedi della decisione politica, *in primis* del Capo del Governo, vero titolare della sovranità ([92]).

2.3 *'Corporativismo' e 'Stato corporativo'. Questioni semantiche.*

A questo punto ci si deve chiedere se nel lessico della Rivista la terminologia 'corporativa' mantenga ancora un contenuto concettuale di una qualche rilevanza o se invece non continui ad essere impiegata per mero ossequio al vocabolario ufficiale del regime. Ed è questo un problema che si trova a dover affrontare lo stesso Costamagna quando, nel radicalizzarsi dello scontro coi corporativisti 'puri' fautori di un progetto di riorganizzazione del rapporto fra sfera statuale e sfera sociale imperniato sulla nuova figura della corporazione di categoria ([93]), si vede costretto a distinguere fra un significato lato, con valenza politica, del vocabolo 'corporazione' e dei suoi derivati, da prendere come riferimento nell'uso di espressioni quali 'principio corporativo' ed 'ordine corporativo', ed un significato ristretto, con valenze economica, più idoneo a fungere da radice semantica del concetto moderno di corporativismo.

Consapevole dell'importanza che l'idea di corporazione aveva avuto e continuava ad avere per l'ideologia fascista, ma anche dell'in-

([92]) Cfr., in part., della DIREZIONE, *Discorso sulla corporazione* (a III, pp. 401-407), *Intorno e oltre la corporazione*, cit. e *Il Consiglio Nazionale delle Corporazioni e la "riforma costituzionale"*, cit.; ma anche C. Costamagna, *Giustizia sociale*, (a V, pp. 641-650). Si deve inoltre menzionare che a Costamagna era stata affidata la redazione di una parte della voce *Corporazione* (quella relativa alle corporazioni nel sistema sindacale italiano) per l'Enciclopedia Italiana Treccani e la voce *Corporativismo* per il Dizionario di politica (Roma, 1940).

([93]) Cfr. LA DIREZIONE, *Discorso sulla corporazione*, cit., in cui la polemica con Spirito e Volpicelli si fa più diretta, e, sempre della DIREZIONE, *Chiarifichiamo!*, a IV, pp. 255-260.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

determinatezza concettuale cui tale idea era soggetta una volta perduti i connotati originari ed il legame con una determinata forma storica di organizzazione politico-sociale, Costamagna presume di poter giustificare l'impiego delle espressioni sopramenzionate per designare un sistema di potere rigidamente monocratico ed accentrato sfruttando al massimo l'ambiguità semantica del vocabolo in questione. Egli viene, cioè, a sostenere che sotto il profilo ontologico ed assiologico il concetto di corporazione coincide, per la dottrina fascista, con quello di Stato, organicisticamente concepito come *corpus* unitario gerarchicamente ordinato, ragion d'essere e fine degli individui suoi membri. E dal definire lo Stato come "corporazione integrale di popolo" all'identificare il nucleo dell'ideale corporativo informante la "coscienza politica del Fascismo" nell'idea, incarnata dal principio corporativo, "di un'integrale ed illimitata collaborazione degli individui e della solidarietà degli interessi materiali nello Stato" ([94]) il passo è breve. Che questa rappresenti una soluzione debole del problema semantico-concettuale è tuttavia chiaro anche al suo propugnatore, il quale è il primo, in fondo, ad essere convinto che di corporativismo in senso proprio si possa parlare, nel ventesimo secolo, solo in relazione ad un modello, comunque concepito, di ordinamento e funzionamento pubblico delle grandi associazioni funzionali d'interesse ([95]).

Da qui la necessità di distinguere un secondo significato, vuoto però di implicazioni ontologiche, della parola 'corporazione' — che in questa seconda e più ristretta accezione verrà impiegata per designare le associazioni sindacali vere e proprie come pure le organizzazioni miste di datori di lavoro e di lavoratori — cui poter ricondurre la formula 'corporativismo'. Ma se l'accezione lata del vocabolo e dei suoi derivati finisce per svuotare la terminologia corporativa di ogni funzione informativa, l'accezione ristretta appare inevitabilmente soggetta a "travisamenti pluralistici" riguardo alla natura del nuovo ordine politico e al ruolo in esso riconosciuto alle associazioni professionali.

([94]) La Direzione, *Chiarifichiamo!*, cit., p. 260.

([95]) È P. Schmitter a considerare carattaristica specifica del corporativismo moderno (nell'ideologia e nella pratica) l'essere incentrato sulle grandi associazioni funzionali d'interesse. Da qui la sua critica alla tendenza a sommergere il concetto di corporativismo in quello più generico di 'Stato organico', le cui sottounità di base possono essere di più tipi (*Still the century...*, cit., p. 91).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La difficoltà viene aggirata da Costamagna con un gioco, non sempre chiaro, di rinvii reciproci fra i due significati in cui il primo assume la funzione di principio guida per delimitare il campo denotato da 'corporativismo' — cui viene attribuito, per quanto riguarda il disegno del fascismo italiano, valore di concetto specifico dell'organizzazione produttiva ([96]) — e per depurare tale formula da ogni suggestione proveniente dal suo significato originario ([97]). Si prescrive, cioè, per evitare fraintendimenti circa la natura del nuovo Stato, un uso circoscritto dell'espressione in questione, limitato alla designazione di un solo aspetto del nuovo ordinamento statuale, quello relativo all'assetto formale adottato per la regolamentazione dei rapporti economico-sociali, in quanto lo si immagina imperniato sulla nuova figura del sindacato legalmente riconosciuto e sulla sua opera di organizzazione giuridica dell'economia. Figura totalmente nuova, che rompe radicalmente con le forme associative del passato, perché, nella prospettiva costamagnana, publicizzare il sindacato significa (in un sistema regolato dal principio corporativo) sottomettere quest'ultimo al regime della solidarietà nazionale, ossia imporne la trasformazione da organo di aggregazione e tutela degli interessi sociali in organo di disciplina e controllo di quegli stessi interessi, rigidamente subordinato alle direttive di una superiore volontà politica; non quindi corpo economico privato con rilevanza pubblica, ma strumento per la tutela dell'interesse pubblico in uno specifico settore, non potendosi ammettere, alla luce del nuovo principio costituzionale, la consacrazione del conflitto degli interessi particolari all'interno dello Stato ([98]).

Quanto quest'interpretazione del corporativismo fascista sia lontana dal modello analitico-interpretativo del moderno fenomeno corporativo imperniato sull'idea di una contrattazione permanente,

([96]) Cfr. P. AUGENTI, *Il primo congresso giuridico italiano*, cit. Riferendo della relazione presentata da Costamagna al congresso, dal titolo *Corporativismo e unità dell'ordinamento giuridico*, Augenti sottolineava che il punto di partenza di tale relazione era costituito proprio dalla preliminare assunzione del concetto di corporativismo come "concetto specifico dell'organizzazione produttiva" (p. 815).

([97]) Da ogni riferimento, cioè, a una società divisa in 'ceti', o 'stati', e caratterizzata da un policentrismo del potere (cfr. di P. SCHIERA la voce *Società per ceti*, in *Dizionario di Politica*, a cura di N. Bobbio e N. Matteucci, Torino, 1976).

([98]) Cfr. di COSTAMAGNA, *Chiarifichiamo!*, cit.; ma anche *La legge e il contratto.* (a I, pp. 10-23), *Le associazioni professionali nel diritto fascista*, cit., e la *Nota* critica all'articolo di G. ZANOBINI, *Caratteri giuridici degli enti pubblici sindacali*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre più coordinata e centralizzata, fra le grandi organizzazioni economico-sociali e fra queste e le varie istanze del potere governativo ([99]) è facilmente intuibile; ma non minore è certamente la distanza che la separa da quel disegno di autoamministrazione dell'economia, patrocinato da Bottai, che tendeva a limitare, per quanto riguarda le procedure da adottare per la composizione del conflitto degli interessi, il ruolo dello Stato e del Partito ad una funzione di mediazione, da espletare qualora le rappresentanze sindacali non fossero state in grado di raggiungere autonomamente e collegialmente, negli organi corporativi, il necessario compromesso ([100]).

Alla luce di quanto si è detto resta ancora da vedere in che modo Costamagna risolva e successivamente liquidi, secondo una scansione cronologica sempre condizionata dall'inasprirsi della polemica con le tendenze "ultra-corporativistiche", ma anche dal declinare dell'astro di Bottai, il più imbarazzante e delicato problema della qualifica corporativa attribuita, a partire dalla *Carta del Lavoro*, allo Stato 'riformato' del fascismo.

Nel primo anno di vita della Rivista, quando più forte è l'influenza di Bottai che alla delucidazione dell'essenza del nuovo "Stato corporativo" e del suo "cittadino-produttore" aveva dedicato un articolo, di taglio squisitamente ideologico-politico proprio sul secondo fascicolo della pubblicazione ([101]), Costamagna non pensa ancora di dovere, e potere, mettere in discussione l'opportunità di tale qualifica, ma si sforza piuttosto di giustificarla, oltre che sulla base dell'accezione lata, anche su quella dell'accezione ristretta e specifica della terminologia corporativa. In questa fase la formula 'Stato corporativo' viene accolta nel lessico della Rivista come formula idonea nell'un senso a designare uno Stato genericamente fondato sul principio della solidarietà nazionale, nell'altro ad identificare (ma in questo secondo caso l'aggettivo 'corporativo' dovrebbe trovarsi congiunto all'agget-

---

([99]) Modello, questo, proposto da C.S. MAIER (*The Recasting of Bourgeois Europe*, cit.).

([100]) Sul progetto bottaiano cfr. S. CASSESE, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia*, cit. Secondo questo progetto "nel sistema corporativo ogni decisione della direzione e del contenuto dell'attività degli organi corporativi doveva esser lasciata alla libera autodeterminazione delle forze economiche rappresentanti gli interessi contrapposti di capitale e lavoro con la 'mediazione' dei 'rappresentanti' dell'apparato statale" (*op. cit.*, p. 67).

([101]) Cfr. G. BOTTAI, *Stato corporativo e democrazia*, a I, pp. 121-129.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivo 'fascista') una componente distintiva del nuovo ordinamento statuale, che si presume caratterizzato da due istituzioni affatto originali per competenza e struttura ed ugualmente essenziali ai fini della ricomposizione, in termini inediti, del rapporto fra Stato e corpo sociale: le istituzioni — giova ripeterlo — del partito unico e del sindacato legalmente riconosciuto, organo di disciplina economica ed insieme di integrazione funzionale del 'popolo' nello Stato. ([102]).

Si tratta tuttavia di un tentativo di legittimazione della formula ufficiale presto accantonato. Nel volgere di pochi mesi il crescente e sempre più ossessivo timore di possibili sopravvalutazioni del ruolo dell'elemento professionale, giudicato per natura particolaristico e centrifugo, a scapito di quello dell'elemento politico condurrà, infatti, lo spengleriano Costamagna ad una parziale revisione della propria "dottrina delle istituzioni sociali". Si assiste cioè ad un progressivo spostarsi d'accento sull'importanza centrale, rispetto all'obiettivo ultimo dell'"integrazione nazionale", delle funzioni morali e politiche competenti, in tutti i settori dell'organizzazione sociale, al P.N.F., il quale finisce così per essere investito del ruolo di principale ed ubiquo protagonista del disegno fascista di ricomposizione dello iato fra Stato e società ([103]). Punto d'approdo dell'itinerario costamagnano, il cui svolgimento è tutt'altro che lineare ed esente da contraddizioni sotto il profilo della coerenza semantica, sarà l'esplicito e provocatorio invito ad eliminare, nella definizione dello Stato fascista, proprio l'appellativo 'corporativo', perché privo di valore, nell'accezione ristretta, e fonte di fraintendimenti dell'essenza della nuova statualità ([104]).

Questo invito viene argomentato sulla base di un duplice ordine di considerazioni che comportano la messa in campo di un criterio di

---

([102]) Cfr., in part., C. COSTAMAGNA, *Le associazioni professionali...*, cit., e *Ancora sull'argomento: organi, istituzioni e persone giuridiche di diritto pubblico*, cit.

([103]) Il sindacato fascista rimaneva uno dei pilastri del disegno di "organizzazione della società nello Stato", ma il P.N.F., i cui rappresentanti erano presenti anche negli oreganismi corporativi, avrebbe dovuto garantirne la non degenerazione in strumento di difesa di "interessi particolaristici" tenendone alto lo spirito corporativo unitario. Per questi aspetti cfr., in part., C. COSTAMAGNA, *Equivoci corporativi*, a VI, pp. 9-11.

([104]) Cfr. LA DIREZIONE, *A proposito della definizione di "Stato corporativo" (a IV, pp. 586-590)*, che è un commento critico all'articolo di E. CROSA, *Il senato italiano nello Stato corporativo* (a IV, pp. 578-588), articolo caldeggiante un'organizzazione corporativa, e una correlata rappresentanza corporativa, estesa alle "nucleazioni sociali" non ordinabili in forma di sindacato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distinzione, più che tematizzato dato per comunemente accettato nell'ambito delle dottrine politiche e giuridiche, fra forme di Stato e forme di governo, secondo il quale la funzione informativa di una formula definitoria sarebbe, nel caso della classificazione delle prime, quella di individuare la componente più originale e significativa per l'impostazione del rapporto governanti-governati di un ordinamento statuale, nel caso della classificazione delle seconde quella, invece, di identificare la sede della sovranità. La formula 'Stato corporativo' viene contestata come fuorviante non solo perché la si ritiene inidonea a dar conto dell'ordinamento basilare del nuovo Stato, che non sarebbe riducibile all'ordinamento sindacale-corporativo, ma anche e soprattutto a causa di una tendenza, presente nella letteratura fascista e non (il caso citato più illustre è quello di Herman Heller) ([105]), a riferirla alla classificazione della forma di governo. Agli occhi di Costamagna una tale tendenza verrebbe a confondere lo Stato fascista con un tipo pregresso di Stato, lo Stato "delle" corporazioni, in quanto la qualifica corporativa, così intesa, autorizzerebbe ad identificare l'organo sovrano nella figura delle associazioni sindacali legalmente riconosciute, con la conseguenza di accreditare l'idea che l'assetto politico-istituzionale del fascismo italiano miri a sostituire al principio liberale della volontà individuale il principio della volontà corporativa espressa all'interno delle diverse formazioni professionali.

([105]) Cfr. C. COSTAMAGNA, *Considerazioni sulla qualifica dello Stato fascista* cit., in part. p. 256.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Figure dell'esperienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

'DOMINIA' E 'SERVITUTES'
(Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)

1. Definizione del tema. — 2. Intuizioni, incertezze, aporie nel setaccio della Glossa accursiana. — 3. Percezioni ultramontane. — 4. Un chiarimento di Dino del Mugello. — 5. Bartolo e il disegno del sistema; 'dominia' e 'servitutes' come 'opposità'. — 6. La complessa riflessione baldesca. — 7. Sistemazioni e approfondimenti nell'itinerario dottrinale del Quattrocento: *a*) *Dominium, dominium rei, dominium iuris*; *b*) Il problema dell'usufrutto come *pars dominii*; *c*)*Servitus* e *dominium*; *d*) *Servitus* e *dominium utile*.

1. Alle sistemazioni compiute da Glossatori e Commentatori nel campo dei diritti reali è da molto tempo che dedichiamo attenzione; fu questo l'oggetto della nostra prolusione fiorentina del '67 [1] e poi del 'corso' — sempre fiorentino — sulle situazioni reali pubblicato l'anno successivo [2]. Questo ritorno sul tema, a più di venti anni di distanza, potrebbe apparire una ripetizione; ma non è così. Anzi, nelle poche pagine che seguiranno si intende aggiungere una integrazione sostanziale e colmare un vuoto delle precedenti ricerche.

In queste ci eravamo sforzati di seguire l'operosità conoscitiva del ceto dei giuristi medievali in un capillare lavorio analitico, che aveva condotto a due vistosi risultati: custodendo gelosamente nel proprio subconscio un tesoro di forze e di intuizioni liberato e consolidato nella prassi dei secoli altomedievali, il giureconsulto culturalmente provveduto dell'età del rinascimento giuridico, adattando disinvolto i testi romani, 'realizza' un numero rilevante e comunque indefinito di situazioni personali su un bene (cioè consente loro una presenza incisiva sul piano del 'reale') e arriva a concepire molte di

[1] *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in *Jus*, XVIII (1967).

[2] *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* — Corso di storia del diritto, Padova, Cedam, 1968.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

queste situazioni reali addirittura come *dominia* pensandole come partecipi della sfera gelosa della appartenenza.

Si trattava, in quelle nostre ricerche, di enfiteusi e contratti feudali, di contratti superficiarii e contratti agrari consuetudinarii (primi fra tutti il livello e la precaria) fino a ricomprendere i semplici contratti locativi a lungo termine (3). Tutti erano però contrassegnati da un godimento che vedeva frontalmente, direttamente, impegnati il fruente e il bene, il soggetto e la porzione di natura cosmica, nel solco di una antica e mai smentita tradizione che restringeva l'oggetto del *dominium* alla sola *res corporalis*. Non vi si parlava mai — o unicamente di sfuggita — di servitù prediali e personali, che pure avevano indiscussa cittadinanza anche nel ristretto recinto degli *iura in re* romani e un ruolo non indifferente nella complessa organizzazione fondiaria tardomedievale.

Perché questo vuoto? La risposta è ovvia: fermamente convinti che la grande invenzione e la chiave di volta del sistema di situazioni reali intuito e sistemato dal diritto comune fosse l'istituto del *dominium utile*, ci eravamo arrestati di fronte a una *communis opinio* che escludeva la possibilità concettuale che una *servitus* incarnasse un *dominium*, anche un *dominium utile*. Ma, allora — e soprattutto —, perché questo esilio delle servitù fuori dal pur ridondante novero dei *dominia* e perché questo atteggiamento negativo da parte di operatori generosissimi nel cangiare in *dominia* situazioni assai distanti da un modulo rigorosamente proprietario?

Una prima sommaria risposta, appagante sul piano della costruzione giuridica dei Dottori, la demmo nella Relazione di sintesi al Convegno senese dell '85 su 'La proprietà e le proprietà', ma fu un discorso appena accennato anche se fermissimo nella sua conclusione (4). In quella sede, ohimè, si fece però di peggio: forti di un ricco materiale che si era riusciti da tempo ad accumulare, si rinviò il lettore per maggiori approfondimenti a un volume (che si disse di

---

(3) Alla disciplina di questi ultimi, che dimostra tutta l'inventiva e la consapevolezza socio-economica della giurisprudenza del diritto comune classico, è dedicato il volume: *Locatio ad longum tempus-Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, Morano, 1963.

(4) *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà* — Pontignano, 30 settembre-3 ottobre 1985, a cura di Ennio Cortese (Atti del Convegno nazionale della Società italiana di storia del diritto), Milano, Giuffrè, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prossima pubblicazione (5) e di cui con grossa ingenuità si fornì persino il titolo (6)), nel quale si sarebbe proseguito e approfondito le ricerche avviate nel 'corso' spostandole sul terreno di spartiacque fra medioevo ed età nova per cogliere insieme le grandi sistemazioni dei bartolisti e le incrinature metodologiche e tecniche della *iurisprudentia* cinquecentesca. Quel libro è, a tutt'oggi, una promessa mancata verso il lettore, mentre il ricco materiale è restato *inutiliter* ben serrato dentro i cassetti d'uno scrittoio. Ne fu dato, alcuni anni fa, una prima anticipazione con un saggio su Zasius (7); se ne dà ora una ulteriore anticipazione, mentre l'autore è sempre più scettico sulla probabilità di poter realizzare il progetto di quel volume.

Resta così ben definito il tema di questo saggio, che vuol soddisfare alcune elementari domande: qual'è il posto e lo spazio delle servitù (prediali e personali) nella sistematica degli *iura in re* operata dal diritto comune? E quale il rapporto fra *servitutes* e *dominia*, soprattutto fra *servitutes* e situazioni di dominio utile? Si tenterà di colmare un vuoto che c'è, come sopra si diceva, nelle nostre precedenti ricerche, avvalorando con più ampia e finora da noi non utilizzata documentazione una delle conclusioni su cui abbiamo ritenuto di insistere fin dalla prolusione del '67: il *dominium utile* è creatura 'magistrale' ricavata dai Dottori ben all'interno della sfera della appartenenza, si comporta tecnicamente come un *dominium*, è una delle proprietà e come tale si colloca nell'ambito del sistema dei diritti reali, dove alla *servitus*, a ogni *servitus*, spetta un ruolo affatto diverso e affatto tipico.

La parola 'sistema' può sembrare un po' troppo ingombrante per qualche raffinato lettore, e non saranno inutili alcune precisazioni. L'indole esegetica e analitica delle glosse e dei commenti rende indubbiamente difficile cogliere i tracciati delle linee sistematiche, ed è soprattutto la costruzione 'estralegislativa' del dominio utile a confinare necessariamente la disciplina fra le pieghe del discorso.

---

(5) *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico* cit., p. 252.

(6) Il titolo — 'Proprietà e diritti reali fra i segni dell'età nuova' — risulta nella pubblicazione anticipata che della Relazione fu fatta in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII (1988), p. 403, mentre è omessa nella successiva pubblicazione degli 'atti', quando lo scrivente aveva già deposto il progetto di stampa del volume.

(7) *Gradus in dominio-Zasius e la teorica del dominio diviso*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIV (1985).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per un istituto che è contrassegnato da una intima fattualità, per un assetto giuridico che nasce nella pratica quotidiana delle quotidiane concessioni fondiarie, l'emersione a quella sublimità definitiva costituita dall'ordine giuridico non può che essere stentata, goffa, per taluni aspetti claudicante, più un esperimento tecnico che una sistemazione formale. Ma una logica c'è, e imperiosa.

Ma un sistema c'è, composto più di membra sparse da ricomporre che di una architettura balzante. È un pullulare sparso ma incessante di notazioni, di intuizioni, di precisazioni sorrette da una stessa visione ampia e unitaria del problema dei diritti reali, da una stessa coscienza sempre tesa e vigile delle scelte politiche di fondo, che stanno certamente al di là del diritto ma che il diritto vivificano e condizionano.

Le certezze del sistema riposano lì, e lì stanno le sue fondazioni e legittimazioni. A livello formale il sistema non si staglia nitido, non è una costruzione immediatamente visibile a occhio nudo, è una armonia nascosta, una linea unificante sepolta nella varietà delle tante analisi, impercettibile a un osservatore superficiale ma ben distinguibile a una ricognizione attenta che dagli affioramenti sparsi ricostruisce il vitale nesso sotterraneo. Il sistema non è qui un lucido programma raccoglitore e coordinatore, sibbene una coscienza armonica che sorregge e riunisce i mille approcci analitici degli interpreti formalmente non sistematizzati ma sostanzialmente ordinati da una visione che è unitaria in grazia di quella coscienza. Forse un sistema sepolto, ma che il giurista non può esimersi dall'individuare e dal cercar di disegnare per proprio conto. Di questa trama sepolta il nesso *dominium-servitus*, o — diciamo di più, anticipando una conclusione — l'opposizione *dominium-servitus* è uno dei tratti più portanti e anche più scoperti. Vale la pena di trattenersi un poco nei suoi pressi.

Siamo davvero lieti di dedicare questo saggio al carissimo amico Sten Gagnér, uno studioso che non è restato insensibile di fronte all'affascinante tema del *dominium* [8].

2. Lo storico dei diritti reali non può non riconoscere nell'età

[8] Ci riferiamo al suo saggio: *Vorbemerkungen zum Thema 'Dominium' bei Ockham*, in *Miscellanea Mediaevalia* — Veröffentlichungen des Thomas-Instituts der Universität zu Köln, B. 9 — Antiqui und Moderni — Traditionsbewußtsein und Fortschrittsbewußtsein im späten Mittelalter, Berlin, De Gruyter, 1974.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei Glossatori un momento delicato e vitale della elaborazione scientifica su quel nodo problematico: con una relativa povertà di strumenti culturali, dibattuti interiormente fra la lettura dei testi antichi e quella della realtà economica circostante, un ceto di giuristi comincia a farsi carico di tradurre in un linguaggio e in degli schemi tecnicamente provveduti quanto la secolare prassi altomedievale aveva intuito e grezzamente elaborato, trovandosi inevitabilmente di fronte al compito gravoso e, come ora si diceva, delicatissimo di rivestire dei corpi economici riottosi con dei panni formali inadatti, e anche di sforzare e snaturare questi panni purché quei corpi vi fossero accolti; proprio perché ciò che premeva era dar cittadinanza e dignità culturale a quei corpi nel nuovo ordine giuridico, trarli dall'esperienza vissuta giorno per giorno per renderli oggetto di scienza e di costruzione tecnica.

I glossatori condividevano appieno il patrimonio di verità elementari messo a fuoco dagli ignoti ma non ignobili operai dell'officina altomedievale, un patrimonio che essi custodivano ancora, intimamente compenetrato e familiarissimo, al fondo della loro coscienza e subcoscienza; sentivano di dover continuare a valorizzare la cosa nella sua dimensione economica, a partire da essa, dalla sua natura composita e non dal soggetto, per ogni costruzione giuridica, a puntare sul godimento e sull'esercizio e non sulla titolarità formale per rivedere tutta la teoria dell'appartenenza e renderla coerente con le premesse economicistiche invocate a sostegno.

L'opera si concreta in uno sforzo inventivo notevolissimo, in un affiorare di percezioni sicure ma anche di perplessità, di contraddizioni, di oscurità; inevitabile prezzo da pagare da parte di artefici non ancora completamente affrancati mediante il possesso di una maturità culturale. Il risultato più vistoso — lo si sa bene — è il *dominium utile*, un espediente tecnico ma non soltanto tale; piuttosto, l'asse portante (e lo resterà per secoli) di tutto il sistema dei diritti reali e il segno più speculare del progetto dei giuristi in perfetta armonia col progetto degli operatori pratici.

I problemi non potevano mancare, anzi dovevano essere molti e gravi: in una civiltà giuridica che ha frammentato l'appartenenza, l'ha scomposta in modo esasperato muovendo dalle partizioni strutturali della cosa, in cui tutta una schiera di esercenti poteri limitati sulla cosa — e cioè feudatarii, superficiarii, enfiteuti, precaristi, livellarii, locatarii perpetui o a lungo termine — sono affiorati alla di-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mensione dell'appartenenza pretendendo non abusivamente di esserne in qualche modo partecipi; in questa civiltà il problema del *mio* giuridico o, se vogliamo, del contenuto minimo di una proprietà si pone assai drammaticamente.

Nei meccanismi scompositivi a cui viene assoggettata quella entità composita che è il *dominium plenum*, fino a quale frammento, fino a quale estensione di quantità e misura di qualità del frammento si può arrivare continuando a riconoscervi un *dominium* sia pure ridottissimo? E, se il *dominium utile* non è altro che un godimento-esercizio munito di tanta intrinseca forza da diventare una proprietà, quale confine discriminante porrà l'ordinamento per segnare l'estraneità o la partecipazione alla zona del *mio* rispetto alle tante situazioni reali di esercizio-godimento, più o meno, esteso, sul bene? Quale discrimine porre o non porre, e come, tra un dominio utile e l'esercizio-godimento di una servitù prediale? Peggio ancora: tra l'esercizio-godimento di un *dominus utilis* e l'esercizio-godimento di un usufruttuario, incarnantisi l'uno e l'altro in un contenuto economicamente pari di *uti-frui* della cosa?

Una conclusione appare certa: tutta la riflessione che va dai *veteres* ad Accursio è percorsa dalla convinzione che l'usufrutto, in quanto servitù, è una entità giuridica concettualmente estranea al *dominium* (9); ed è proprio da questa convinzione che, di fronte a testi

(9) Già in uno dei primi tentativi di chiarimento e sistemazione risalente alla prima metà del sec. XII si legge: "si queratur de superficiario et emphiteoticario et colono an sint fructuarii quia fruuntur utuntur, dicimus quia non, quia fruuntur utuntur rebus alienis sed quomodo domini intelliguntur" (*De verbis quibusdam legalibus — Excerpta Codicis Vaticani Reg. 435*, cur. F. Patetta, in Bibliotheca juridica medii aevi — Scripta anecdota glossatorum, vol. II, Bononiae, Virano, 1892, n. 38); testo che ostenta un pensiero giuridico *in itinere* con quella nozione grezza e confusa dei 'quomodo domini', ma che mostra chiarezza di idee nel separare il godimento dell'usufruttuario da quello di coloro che, di lì a poco, saranno qualificati e considerati *domini utiles* della cosa. Identica confusione e, nello stesso tempo, identica chiarezza nella esigenza di separare enfiteuta ed usufruttuario sono in una glossa di Vacario: "quasi dominus est emphi [teuta] et poterit constituere quasi usumfructum. Habet accionem in rem utilem; ergo dominus est et ius suum alienare poterit. Usufructuarius non habet ius separatum a re principali, nec dominus intelligitur, et habebit confessoriam" (*The Liber pauperum of* VACARIUS, ed. by F. de Zulueta, London, Quaritch, 1927 (The Publications of the Selden Society, XLIII), pp. 86-87). Un passo avanti, per chiarezza di idee e per sicurezza di risultato, si ha in un commentario più tardo — risalente ai primi del sec. XIII —, di area inglese, contenuto nel MS Oxford, Magdalen College 258 e pubblicato dal Legendre (cfr. P. LEGENDRE, *Recherches sur les commentaires pre-accursiens*, in *TRG*, XXXIII (1965),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

romani predicanti l'usufrutto come *pars dominii*, nasce quella distinzione tipicamente medievale in *ususfructus causalis* e *ususfructus formalis* mediante la quale la stessa situazione di *uti-frui* propria del *dominus* e interna al *dominium plenum* veniva in qualche modo ritagliata e autonomizzata e costituita come porzione autonoma di quella realtà composita che è appunto il *dominium*. Con una stessa invenzione tecnica si conseguivano tre risultati rilevanti per la coscienza giuridica dei glossatori: si poteva senza troppi tormenti esegetici continuare a mantener fuori dei confini proprietarii l'usufrutto-servitù, l'unico che fosse legittimo erede dell'istituto disciplinato nella compilazione giustinianea, imputando all'usufrutto 'non separatus a proprietate' 'causatus a proprietate' 'concretus proprietati' ([10]) i testi imbarazzanti sulla *pars dominii* e risolvendoli con una analisi brillante e suadente del concetto di *pars* ([11]); si man-

---

ora anche in P.L., *Ecrits juridiques du Moyen Age occidental*, London, Variorum Reprints, 1988, p. 378), dove il possesso della *res* da parte dell'usufruttuario (da un lato) e quello dell'enfiteuta/vassallo/superficiario (dall'altro) sono qualitativamente diversificati proprio sotto il profilo della appartenenza della *res*: ad INSTI. II, IV, pr. "excipitur emphiteota, feudetarius, superficiarius. Isti non habent usumfructum fundi vel predii quod possident, quia non possident ut rem alienam, set ut suam".

([10]) Il frasario è del più immaginifico fra i giuristi medievali, e cioè Baldo (cfr. i commenti alla l. Usufructu, ff. soluto matrimonio, n. 2 (D. 24,3,57), alla l. Ususfructus, ff. de usufructu, n. 2 (D. 7,1,1), alla l. Foeminae, C. de secundis nuptiis, nn. 5-6 (C. 5,9,3).

([11]) È già soddisfacentemente abbozzata in una glossa forse risalente addirittura ad Irnerio: "Ususfructus a dominio separatur, separatus pars et species servitutis est: non separatus, vel quia non discessit vel quia rediit, et sic in multis casibus est pars dominii idest illius plenae potestatis qua licet uti et abuti, que tunc demum plena est quando utrumque licet" (E. Besta, *L'opera d'Irnerio* (*Contributo alla storia del diritto italiano*) — vol. II — *Glosse inedite d'Irnerio al Digestum Vetus*, Torino, Loescher, 1896, ad l. Ususfructus (4), p. 86, dove già si delinea una nozione di *pars dominii* che poi, nella Glossa Magna, sarà qualificata come 'integralis': elemento (l'*uti*) che si congiunge ad altro elemento (l'*abuti*) e la cui somma forma la *plena potestas* del *dominium*. Identica è la diagnosi fatta, qualche tempo dopo, dall'ignoto autore delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* (a cura di G. Zanetti, Firenze, La Nuova Italia, 1958, XX — De usufructu): "Ususfructus a dominio et proprietate separationem recipit. Quomodo ergo pars dici potest dominii non percipio. Sicut inspectiones dominii sunt diverse, sic et partes eius accipiuntur diversis modis. Cum dicimus dominium pro solido, respicimus ad omnes rei partes, ut in ea nulla pars intelligatur aliena. Cum autem plenam potestatem quis habere dicitur, hoc significatur eum iure suo posse et uti et frui et ipsam rem consumere seu commutare et omnino id quod super ea re sibi libet facere. Hoc ius potestatis multiplex multas partes habere facile deprehenditur. Ex quibus partibus aliqua pertinet ad usufructuarium, cum sit ei ius utendi fruendi: hoc enim durante dominus plenam potestatem non habet quoniam finito demum usufructu incipit habere plenam potestatem.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teneva intatta la categoria generale della *servitus*, così come i bizantini l'avevano confezionata, comprensiva di servitù prediali e personali; si veniva, anche per questa strada, a dare particolare attenzione

---

Set et in hac partitione proprietatis nomen illa potestatis pars usurpat, quom pars reliqua, id est fruendi causa, sequi solet". Il dubbio iniziale, sulla possibilità di un uso corretto della nozione di *pars dominii* applicata all'usufrutto, è fugato solo, nel proseguimento del discorso, dalla relatività del concetto di *pars*. Come nel testo irneriano citato poco sopra, anche qui *pars* può essere adottato unicamente nel significato di uno dei molti elementi (*multae partes*) che concorrono con la loro congiunzione a formare lo *ius potestatis multiplex*; ma con le precisazioni concettuali di estraneità sostanziale alla *proprietas*, che vediamo sottolineate nell'ultima frase.

La distinzione fra usufrutto causale e formale è già compiuta e perfettamente sistemata in Piacentino: "triplex est ususfructus; qui est forma, ut in non domino; est ususfructus qui est nisi causa, ut in domino; est ususfructus tertius, puta ut alius habeat proprietatem, alius usumfructum, tertius fructuum perceptionem" (PLACENTINI... *In summam Institutionum... libri IIII...*, Moguntiae, 1535, rist. anast. Augustae Taurinorum, ex officina erasmiana, 1973, lib. II, tit. IIII — de usufructu). Nella *Summa Codicis* Piacentino approfondisce l'idea dell'usufrutto come *pars dominii*, precisando che si tratta pur sempre di una *pars causalis*, quasi che il *dominium* trovi la propria origine e ragione nella congiunzione di *proprietas* e *ususfructus*. Certamente non ne è *pars praedicamentalis*, perché ciò postulerebbe una partecipazione all'idea stessa di *dominium*. Mentre rinviamo a quanto si dirà più sotto a proposito della Glossa accursiana, il miglior chiarimento sulla nozione di *pars praedicamentalis* lo offrirà lo stesso testo piacentiniano, che si trascrive qui di seguito: "Ususfructus dominii pars est causalis. Nam dominium habet duas res quodammodo, proprietatem et usumfructum, quoad causam. Non est pars praedicamentalis, quia non est dominium, nec enim fructuarius rei dominus est vel dominium habet... fructuarius tamen in quibusdam casibus pro domino habetur, id est in percipiendis fructibus" (*Summa Codicis*, Moguntiae, 1536, rist. anast. Torino, Bottega d'Erasmo, 1962, lib. III — De usufructu, usu et habitatione, tit. XXXIII). Il testo piacentiniano è quello contenuto nell'edizione maguntina, perché — sul punto — appare più affidante del testo segnalato da quello che è forse il migliore dei manoscritti conosciuti della *Summa Codicis*, e cioè: Frankfurt am Main — Stadtbibliothek 45. Nel manoscritto, per esempio, si legge: "Ususfructus dominii pars est totalis", che non ha un senso compiuto, mentre ce l'ha il 'causalis' del testo a stampa, soprattutto se visto in contrappunto con la nozione di causa sottolineata poco dopo. Esprimiamo qui un sincero ringraziamento all'Istituto di storia del diritto italiano della Università Statale di Milano, che ha reso più rapido il raffronto mettendo a nostra disposizione il microfilm del manoscritto francofortese posseduto nella ricchissima collezione dell'Istituto. Un ringraziamento speciale all'amico Giampaolo Massetto, della Università di Pavia, per la generosità e la premura dimostrateci.

Un po' diversamente nella conclusione ma sulla stessa scia per quanto attiene alla argomentazione logica è anche una precisa riflessione di Azzone, che, respinta al pari di Piacentino, l'ipotesi della *pars praedicamentalis*, propone piuttosto una equazione fra *pars dominii esse* e *habere similitudinem cum dominio*: "ususfructus dominii dicitur pars cum loco domini fructuarius habeatur... [segue una enumerazione di casi confor-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'*uti-frui*, a non soffocarlo all'interno della proprietà, a renderlo possibile oggetto di atti giuridici indipendenti (per esempio, una garanzia reale) ([12]), pur senza troppo valorizzarlo almeno fino a quando resta rannicchiato nel guscio del *dominium*.

E una preoccupazione emerge parallela, che chiede ad alta voce, come più sopra si diceva, confini maggiormente netti per figure giuridiche che la comune coscienza avverte nettamente segnate; e una analisi, che trova la sua adesione finale in Odofredo, fa capo al 'salva rerum substantia', l'espressione presente nella definizione con cui si apre nel Digesto Vecchio e nelle Istituzioni il titolo 'de usufructu', ammettendo che l'*uti-frui* dell'usufruttuario non ha riguardo alla sostanza della cosa e si pone come estrinseco ad essa, mentre quello del feudatario, del locatario a lungo termine, dell'enfiteuta, del superficiario, proprio perché incarnante un dominio utile, concerne la *res* nella sua struttura più riposta:

"[salva rerum substantia] hoc dicit secundum quosdam propter superficiarium, propter vasallum, qui, licet possit uti et frui, habet tamen dominium utile et ita alii non remanet omnino salva rerum substantia..., sed usufructuarius potest uti et frui, non tamen habet dominium et sic remanet proprietario salva rerum substantia" ([13])

Ma questi sono anche anni di ricerca; proprio il conio della nuova figura generale del dominio utile è non solo impegnativo, ma lento

---

tanti la assimilazione] In his ergo casibus dicitur usufructus pars dominii esse idem habere similitudinem cum dominio... Non enim est pars praedicamentalis ut dicatur dominium" (*Summa super Codicem*, lib. III — De usufructu, Papie, 1506, rist. anast. Augustae Taurinorum, ex officina erasmiana, 1966).

Una notazione sul testo delle *Quaestiones* sopra riportato: basterebbe questo testo per escludere una paternità piacentiniana. Piacentino non avrebbe infatti mancato di utilizzare lo schema dialettico della 'pars praedicamentalis'.

([12]) È efficace e puntuale la descrizione che il Landsberg fa dell'usufrutto causale come "der auf dem Grunde des Eigentumsrechts beruhende *ususfructus*", ma è inesatta la precisazione che esso, in questa sua posizione affatto interna, "eine besondere Rechtsform nicht mehr hat" (E. LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vomEigenthum—Rechts und dogmengeschichtliche Untersuchung*, Leipzig, Brockhaus, 1883, p. 94).

([13]) ODOFREDI... *Interpretatio in undecim primos Pandectarum libros...*, Lugduni, 1550 (rist. anast. Bologna, Forni, 1967), lib. VIII — De usufructu-Rubrica, n. 3. Accanto a questo filone interpretativo, la maggioranza dei giuristi sembrava invece ritenere che la dizione "salva rerum substantia" fosse da collegare, o alla natura dell'oggetto (cosa inconsumabile), o alla necessità di prestare una cauzione da parte dell'usufruttuario.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e faticoso, anche se appare acquisita l'intuizione di fondo che la sorregge; e l'itinerario è necessariamente costellato di incertezze non riuscendo la *scientia iuris* a disegnare nitidamente i contorni degli istituti, come dimostra l'affiorare continuo di una figura ambidestra, il *quasi-dominium*, che tende a fungere da piattaforma unitaria per tutte le situazioni di esercizio esaltate dalla prassi altomedievale ([14]). Di itinerari concettuali che portano ad approdi spesso non adeguatamente decantati (come il *quasi-dominium*), la ricerca dei glossatori è specchio vivace, uno specchio che non è smentito nemmeno da quel setaccio finale della Glossa Magna in cui si condensano quasi un secolo e mezzo di analisi e proposte. Allo stadio attuale delle nostre conoscenze, che continuano ad essere palafitticole e che non sopravanzano di molti passi i traguardi raggiunti cinquanta anni fa dalla operosità solitaria di Pietro Torelli, l'autentico significato storico del sedimentatissimo e al nostro sguardo storiografico ancora appiattito lavorìo accursiano è quello di riassumerci fedelmente, anche se in modo assai contratto, il gran dibattito precedente. E affiorano in singolare mescolanza le intuizioni chiare ma anche le incertezze e le confusioni che or ora si elencavano. Cerchiamo di cogliere, dunque, l'unico risultato che la Glossa può fornirci con relativa precisione: un bilancio.

E cominciamo da un testo di straordinaria lucidità, portatore di una forte intuizione sistematica e anticipatore di molte future sistemazioni, la glossa anonima alla l. Servitutes praediorum del titolo 'de servitutibus' nel *Vetus* (D. 8,1,3):

"potest intelligi, idest aliae rustice servitutes et alie urbane, vel verius alie in solo idest proprietate soli et alie in superficie, ut infra, de superficiebus, l.I.§.fi.; dicam tunc ab ipso superficiario constitui; idem in emphyteota, quia sunt quasi domini, licet quidam dicant quod ipse superficiarius non constituat sed verus dominus in solo cuius superficies est alterius, quasi ipse, cum habeat servitutem, alii cedere non possit... Sed certe non est servitus quam habet superficiarius sed dominium utile ipsius superficiei, quod est contrarium servituti, cum sua res nemini serviat" ([15]).

([14]) Per maggiore documentazione, cfr. quanto ne abbiamo detto in: *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* cit.

([15]) Ad l. Servitutes praediorum, glo. In solo (testo di riferimento: ed. Venetiis, De Tortis, 1487-89, rist. anast. Augustae Taurinorum, ex officina erasmiana, 1968 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A parte una incertezza terminologica segnalata dalla qualificazione *quasi domini* applicata a superficiarii ed enfiteuti, la costruzione tecnica non soffre incertezze: la differenza di poteri fra superficiarii ed enfiteuti, da un lato, e titolari di una servitù prediale, dall'altro, sta nella profondamente diversa natura giuridica dei primi, che sono dei *domini* della cosa, anche se *utiliter domini*, e che del *dominium* serbano il contenuto più inconfondibile, e cioè il potere di costruire validamente sulla cosa degli *iura in re*, delle *servitutes*; potere negato al titolare di una servitù in grazia dell'inveterato principio che *servitus servitutis esse non potest*. Rilevante è la motivazione sistematica che il glossatore ne trae: *dominium* e *servitus* non sono istituti assimilabili, anzi un profondo fossato di indole logica li separa perché esprimono nozioni intimamente contrarie, fra loro ripugnanti.

Si dirà: il discorso della Glossa era facilitato dal suo originarsi in tema di servitù prediali, di situazioni cioè in cui di godimento minimo si tratta rispetto al godimento totale della cosa. Ma anche questo non è vero: l'*interpretatio*, anche se nasce da una glossa al libro ottavo del *Vetus*, concerne un problema teorico generale, e cioè il confronto fra due schemi universali di relazione del soggetto con la cosa, concerne non il rapporto fra il *dominium* e un certo tipo di servitù, ma piuttosto fra il *dominium* e la categoria della *servitus*, che i glossatori sentono ancora unitaria e onnicomprensiva di servitù prediali e personali. Lo stesso tema scottante dell'usufrutto come servitù personale, con tutta la sua pienezza di godimento rispetto al nudo proprietario, con tutte le ambiguità terminologiche emergenti dai testi romani, lo sta a confermare; questo dell'usufrutto è un tema gremito di verifiche per lo storico della giurisprudenza medievale e anche delle sue scelte metodiche più elevate, e meriterebbe ben più degli accenni che qui se ne può dare. Contentiamoci di sfiorarlo per quanto attiene al profilo sistematico che interessa in questo saggio ([16]).

([16]) Tanto più che l'unico saggio specificatamente dedicatogli risale, ohimé, a più di cinquanta anni fa, ed è la tesi dottorale di Pierre MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les Romanistes du Moyen Age et dans le droit français*, Dijon, impr. du Palais, 1933, un lavoro serio e documentato — anche se oggi insoddisfacente e non condivisibile in tante valutazioni — che denuncia la guida competente di quel notevole conoscitore della *interpretatio* medievale che fu Georges Chevrier. Siamo oggi lieti di preannunciare al lettore che, dietro nostro suggerimento, un bravo allievo della scuola storico-giuridica fiorentina sta dedicando una grossa fatica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Conviene prender le mosse da un testo, che appare quasi una piccola silloge delle conclusioni dei glossatori sulla natura e struttura dell'usufrutto e che, pur non avendo il taglio teoricamente aguzzo di quello precedente, esprime una stessa convinzione tecnica. È una glossa anonima, che chiosa la definizione contenuta nelle Istituzioni giustinianee:

"Est ius idest servitus et per hoc patet quod non loquitur de ipsis fructibus fundi, qui sunt corporales, imo de iure utendi... Sicque per hoc verbum, scilicet quia expono ius idest servitus, removetur vasallus, superficiarius et qui alias utile dominium habet. Item hoc ius est personale, quia cum persona extinguitur... item est forma quaedam a proprietate separata cum apud unum possit esse proprietas, apud alium ususfructus... Ius autem quod dominus fundi habet in fructibus percipiendis est cum causa idest cum proprietate" ([17]).

Dicevamo non a torto che di una piccola silloge si tratta: sono delineati chiaramente l'usufrutto formale e causale, l'uno servitù, l'altro — in qualche modo — *pars dominii*, l'uno esterno e l'altro interno alla proprietà ma l'uno e l'altro incarnanti situazioni giuridicamente autonome. C'è, soprattutto, un usufrutto-servitù che è disegnato come realtà strutturalmente diversa dalla superficie e dal feudo: qui dei *dominia utilia*, ossia situazioni forti e fortemente radicate nel bene, lì uno *ius personale* che non ha maggior consistenza di una 'forma quaedam' (si noti l'uso riduttivo dell'aggettivo indefinito), di una 'forma corpori inhaerens' — dirà una glossa allo stesso testo ([18]) —, relativa sicuramente a una certa entità corporea ma che non riesce a eliminare la sua natura intimamente incorporea, insomma estranea alla sostanza della cosa corporale.

Tutto questo basta a rimuovere, a discostare l'usufruttuario dal superficiario e dal feudatario. Non si parla di opposizione logica con la nitidezza formale della glossa *In solo*, ma il significato non è gran che diverso. Il sistema dei diritti reali si fonda su questa solida bipartizione: da una parte, i *dominia*, un contenitore quasi illimitato nel

---

all'usufrutto nel diritto comune; un primo spezzone è stato già pubblicato, e di esso terremo conto nelle pagine che seguono (cfr. Giovanni Rossi, *La natura giuridica dell'usufrutto nella sistemazione di Bartolo*, Firenze, Centro Duplicazione Offset, 1989).

([17]) Institutiones, lib. II, tit. IIII — de usufructu, princ. glo. Est ius.

([18]) È la glo. Est autem, che recita: "scilicet ususfructus, idest servitus vel forma corpori inhaerens".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cui interno han cittadinanza e prosperano anche le numerosissime situazioni di dominio utile; dall'altra, le servitù, prediali e personali, ivi compreso l'usufrutto. E saran proprio le esercitazioni ermeneutiche sulla *pars dominii* di romana memoria a confermare la solidità della bipartizione.

È noto che entro la compilazione giustinianea l'usufrutto viene misurato con lo schema concettuale della *pars dominii*, soprattutto in due celebri frammenti di Paolo: nel primo, inserito nel titolo 'de usufructu' del Digesto vecchio, il giureconsulto romano sembra ritenere corretta l'utilizzazione dello schema ([19]), nel secondo, collocato nel titolo 'de verborum significatione', sembra respingerla ([20]). Bandiamo ogni preoccupazione di valutazione squisitamente romanistica dei due frammenti paolini, ché sarebbe un fuor d'opera per il filo del nostro discorso, e constatiamo piuttosto come essi fungano da preziosa occasione per l'esplicitazione del disegno costruttivo del glossatore. La reazione al primo frammento è negativa:

"Pars dominii, scilicet species, ut dominium sit quoddam totum continens sub se proprietatem nudam et usumfructum, et secundum hoc aliud erit proprietas nuda, aliud dominium plenum, ut arg. C. de acquirenda possessione, l. Per procuratorem, secundum P., vel verius dic similitudinem habet cum dominio, secundum R., non autem est pars praedicamentalis, quia sic esset dominium. Sic ponitur portio infra, De iis qui deiecerint vel effuderint, l. Si vero §. Hoc edictum. Assimilatur autem, ut statim subijcit eadem lex et in quattuor casibus... Propter hoc autem dicitur pars dominii ut hic, non quod sit dominium... E contra in multis differt a dominio..." ([21]).

Chiara è soltanto la conclusione: l'usufruttuario, in forza della pienezza di godimento di cui è titolare, viene talvolta nella disciplina giuridica assimilato al proprietario, mostrando una *similitudo* con il *dominium*; unicamente sotto questo angolo d'osservazione l'usufrutto può essere qualificato *pars dominii*. *Pars* qui ha lo stesso significato che gli aveva dato Azzone ([22]) e che Accursio, in una glossa espressamente richiamata, attribuisce alla voce *Portio*: non fra-

([19]) D. 7,1,4: "Usus fructus in multis casibus pars dominii est...".

([20]) D. 50,16,25: "Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit...".

([21]) Ad l. Ususfructus in multis casibus, glo. Pars dominii.

([22]) Vedi il testo della 'Summa Codicis' azzoniana riportato alla nota 11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione di un tutto con la conseguenza che la frazione partecipa della natura del tutto, ma soltanto simiglianza, il che vale asserire vicinanza ma anche estraneità alla natura del modello ([23]). Si noti: nella glossa ora citata Accursio esemplifica che *portio* ha la stessa funzione semantica di *pars* nella espressione *pars dominii* riferita all'usufrutto.

Certa, dunque, la conclusione sistematica: *dominium* e *ususfructus* hanno strutture giuridiche diverse. Meno certa la motivazione: l'interprete si limita a fare un piccolo inventario di autorevoli opinioni precedenti, cita con rispetto Piacentino e Rogerio, scegliendo la soluzione spicciativa della 'somiglianza'; che è appunto spicciativa, elusiva sul piano degli strumenti logici posti in essere (anche se non ignota ai dialettici), insoddisfacente proprio sotto il profilo della definizione sistematica. Si fanno però accenni preziosi — anche se non raccolti — alla nozione di *species* e di *pars praedicamentalis*.

Sarà merito della glossa al secondo frammento paolino-glossa che riceverà l'elogio incondizionato dello stesso Bartolo ([24]) — di andare oltre e di fornire una motivazione culturalmente più appagante alla pur medesima scelta, che è di rifiuto dell'usufrutto come sostanziale *pars dominii*. Leggiamola con attenzione:

"Scilicet pars idest species. Nam servitus alia est ususfructus, alia via, alia iter, et omnis species ut pars quantum ad suum totum habere se videtur. Est pars — dico — ut infra sicut via etc. Habes ergo hic quod ususfructus non est pars dominii... Sed alibi habes quod sic, ut supra, de usufr. l. IIII, quod est contra. Solutio: Ro. dicit quod hic de usufructu servitutis, ibi de causa utendi fruendi, dicit secundum H. vel hic de causali, ibi de formali. Plac. vero sic quod ususfructus est pars dominii et non est pars dominii, utrumque verum secundum dialecticos. Est pars dominii legalis, non est pars dominii praedicativa sive subiectiva, ut posita specie ponatur genus, ut homo ergo animal. Nam non sequitur: est fructus, ergo dominium scilicet plenum, sed est legalis idest integralis, quia simul iuncta proprietas et fructus faciunt dominium scilicet plenum..." ([25]).

([23]) Ad l. Si vero §. Hoc edictum, ff. de iis qui deiecerint vel effuderint (D. 9,3,5), glo. Portio est: "idest simile. Sic et alias dominii pars est ususfructus". La glossa è siglata "Accursius".

([24]) BARTOLO, ad l. Recte dicimus, ff. de verborum significatione, in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in secundam Digesti Novi partem*, Venetiis, 1615.

([25]) Ad l. Recte dicimus, ff. de verborum significatione, glo. Servitutis sit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Colpisce in questa glossa, così come in quella precedente, così come nei testi piacentiniano e azzoniano ricordati un po' più sopra, l'uso d'una terminologia che non è consueta nel vocabolario dei giuristi e che proviene da fuori dei loro laboratorii tecnici: qui *pars praedicativa*, là *pars praedicamentalis*, aggettivazioni che mantengono una completa oscurità se misurate alla stregua del linguaggio comune e dello stesso linguaggio giuridico, ma che acquistano chiarezza e significato se riconosciute nella loro pregnanza squisitamente filosofica. Infatti, *praedicativus*, *praedicamentalis* e il sostantivo *praedicamentum* cui fan capo appartengono al lessico tipico e inconfondibile della logica scolastica, da Boezio ad Abelardo a Gilberto de la Porrée a Giovanni da Salisbury ([26]). Nella traduzione latina della Isagoge di Porfirio, breviario e modello di tutto il futuro svolgimento scientifico, Boezio esprime con la voce *praedicamenta* i cinque schemi generalissimi, categoriali, con cui l'intelletto organizza e sistema la complessità del reale, e cioè *genus*, *species*, *differentia*, *proprium*, *accidens* ([27]). Tra questi, appunto, il genere e le varie specie, con un legame reciproco fra quello e queste e con una posizione di quello rispetto a queste, che sono peculiarissimi. Le *species* non si atteggiano rispetto al *genus* come la parte al tutto, bensì come lo specifico all'universale; con le due macroscopiche differenze da sottolineare marcatamente: che nella relazione *genus/species* il *genus* è logicamente un *prius* e le varie *species* dei *posteriora* in cui il *genus* si distribuisce, e che, conseguentemente, il *genus*, proprio perché entità una e universale, impronta di sé tutte le *species*; che, invece, nella relazione *totum/pars* la parte è logicamente un *prius* del tutto che va a formare, che si pone quindi come *posterius* e che, conseguentemente, in quanto addizione di parti, mostra una separazione fra la natura delle varie parti e quella entità plurale e composita che viene costituita dalla totalità ([28]).

([26]) Si veda la ricerca assai seria di Gerhard OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz-Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1971 (per quanto riguarda le fonti filosofiche dei glossatori, cfr., in particolare, p. 17 ss.).

([27]) *Porphyrii Isagoge-Translatio Boethii*, in *Aristoteles latinus*-I. 6-7, ed. L. Minio Paluello, Bruges-Paris, Desclée de Brouwer, 1966, p. 5.

([28]) Illuminanti i testi abelardiani citati da Carlo PRANTL, *Storia della logica in Occidente. Età medievale* — P.I. — *Dal secolo VII al secolo XII*, trad. ital. di L. Limentani, Firenze, La Nuova Italia, 1937, pp. 352-53. È doveroso ricordare che lo stesso Landsberg, nel suo vecchio ma pregevole saggio sulle concezioni proprietarie dei glossatori, non aveva mancato di segnalare la utilizzazione che questi avevan fatto dei testi di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È senza dubbio a questa raffinata speculazione dialettica che si riferiscono i nostri glossatori; attingendo al vocabolario dei loici e al loro strumentario concettuale, lungi dall'impreziosire con qualche inutile lustrino l'arido discorso dei giuristi, essi riuscivano invece a fondarlo culturalmente, a rigorizzarlo e chiarirlo definitivamente, dimostrando la perfetta circolarità di una cultura al cui interno la scienza giuridica si pone come entità né isolata né separata ma in continuo rapporto simbiotico e osmotico con tutto il resto. Il ricorso alle supreme analisi categoriali dà rigore [29] alle scelte tecniche sull'usufrutto come possibile *pars dominii*.

Si potrà correttamente parlare di *pars* ma soltanto nel senso di una *pars integralis*, cioè di un elemento che congiunto con altri ed ad essi integrandosi concorre a formare la realtà composita del tutto; è il caso di due realtà eterogenee come la *proprietas* e l'*uti-frui*, che combinandosi insieme dànno quel risultato che è il *dominium plenum*; il quale — è questo il punto rilevante — non partecipa della qualità dell'elemento *uti-frui* ma lo serba soltanto racchiuso in sé. Non sarebbe invece lecito sul piano logico parlare di *pars* nel senso di *pars praedicamentalis*, come se l'*ususfructus* fosse una *species* del genere *dominium* allo stesso modo che l'uomo è specie del genere *animal*. Malgrado le differenze specifiche, una piattaforma unitaria li sorreggerebbe e il genere *dominium* come universale, come *prius* logico, non potrebbe non connotare di sé tutte le *partes*, anche l'*ususfructus*. Se nel primo caso è assolutamente innocua la qualificazione di *pars dominii* perché non significherebbero mai, di per sé, partecipazione alla natura del *dominium*, nel secondo caso essa porterebbe al risultato obbligato che l'usufrutto è un *dominium*.

Tutto l'itinerario che precede ha per noi un notevole rilievo sistematico: sta a confermare nettamente, nella coscienza dei glossatori, l'estraneità dell'usufrutto alla sfera concettuale del *dominium*; tutta l'argomentazione filosofica, con la messa a punto di un significato plurimo di *pars*, serve per esorcizzare il richiamo normativo alla *pars dominii* e ridurlo in limiti affatto modesti ed innocui che lasciano l'usufrutto fuori dei confini sostanziali della appartenenza senza

---

Boezio e del *Liber divisionum* di Pietro Abelardo (cfr. LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum* cit., p. 95, nota 1).

[29] Rigoroso è il modo con cui si coglie il rapporto *species-genus*; meno rigorosa la identificazione iniziale fra *pars* e *species*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nessi con le situazioni di dominio utile. Il godimento, in quanto semplice *perceptio fructuum*, è situazione che necessariamente concorre a costituire il *dominium plenum* come *pars integralis*, che proprio per il suo facile staccarsi e ricongiungersi rispetto al *nudum dominium* ha una sua autonomia giuridica in ogni stadio, all'interno e all'esterno, come usufrutto causale o come usufrutto formale, ma nulla più di questo.

Si potrebbe aggiungere che, in una civiltà com'è quella dei glossatori ben attenta ai primordiali fatti economici della *utilitas rei* e dell'*uti-frui*, è facilissimo che dalla *utilitas* scaturisca una situazione dominativa e che nelle situazioni di *uti-frui* si incarni un *dominium*, però a condizione che quei fatti, sul piano antropologico prima ancora che giuridico, si inseriscano come supporto di una relazione diretta, frontale, continua fra soggetto e bene corporale, costituiscano l'esercizio di una attività imprenditoriale sul bene, come è sempre nel caso del contratto feudale, di quelli enfiteutico, livellario, locatizio, superficiario, che prassi e scienza qualificano unanimi quali fonti di *dominia utilia*.

Tutto quanto si è accumulato fino ad ora ha il sapore d'una conclusione, ma le motivazioni non mancano e talora sono anche affiorate: l'opposizione *dominium-servitus* sottolineata da qualche testo, al di là della contrarietà puramente logica fra situazione di autonomia e situazione di dipendenza, attiene a ragioni di indole squisitamente tecnica, cioè di costruzione giuridica: la *servitus*, ogni *servitus*, anche la servitù personale d'usufrutto, costituisce, come è segnato chiaro nei testi romani, una *res incorporalis*, e già questa connotazione è sufficiente a collocarla al di fuori della appartenenza, che è e sarà sempre, in questa tradizione di cultura giuridica, addirittura fino alle nostre spalle, relazione con una *res corporalis*.

Questo sta scritto con sufficiente limpidità negli incunaboli della *interpretatio* bolognese: "dominium tale ius est quo res ipsa corporalis mea fit... usufructus vero ius est quo non res ipsa, sed ipsius rei utendi potestas est mea" ([30]), e quando, tra le maglie della Glossa

([30]) Così, per esempio, in una delle glosse - forse irneriane — al Digesto Vecchio pubblicate a suo tempo dal Besta (lib. septimus — De usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur-Rubrica, in BESTA, *L'opera d'Irnerio* — vol. II, cit., p. 85). Ma un simile atteggiamento mentale si registra addirittura in un testo che potrebbe essere collocato — secondo l'ipotesi del Fitting, suo editore — in un momento immediatamente prebolognese. Cfr. *De natura actionum*, in *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Magna, emerge la allarmata e lapalissiana riflessione che anche il *dominium* è uno *ius*, ed affiora legittimo il dubbio grave ed ingenuo di come si possa costruire una *vindicatio* per un diritto e cioè per una cosa incorporale, il dubbio perverso viene fugato insistendo tautologicamente proprio sull'oggetto del *dominium* e sul suo essere *dominium*, sul suo essere — in altre parole — situazione di autonomia sulla cosa: "item dominium est ius et res incorporalis; quomodo ergo vendicatur? Sed dic dominium in rem ratione dominii" ([31]). È grazie a un ragionamento così condotto che la stessa Glossa — l'abbiam visto più sopra ([32]) — stacca nettamente servitù e *dominia utilia*.

Siamo, dunque, di fronte a una sistemazione coerente che non soffre contraddizioni? Il messaggio delle fonti segnala intuizioni precise, diagnosi acute, messe a punto pregevoli e sul piano tecnico e su quello culturale; né le pagine precedenti smentiscono un siffatto giudizio. Il quadro è tuttavia più complicato; il lavorio dei glossatori è più un punto di partenza che di approdo, è ridiscussione su tutto e un salutare rimescolamento delle carte; né si può pretendere che l'acqua sia chiara, se là si agita di continuo. È doveroso pertanto segnalare aporie e antinomie, facilmente verificabili in un materiale solo artificiosamente appiattito ma storicamente assai stratificato come quello di cui è impastata la Glossa Magna.

Qua e là fa capolino la tentazione di vedere questo collettore del godimento della cosa che è l'usufruttuario come "instar domini" ([33]) e si può anche parlare, ma in modo vaghissimo e ambiguamente plurisenso, di un 'dominium in usufructu' ([34]). La categoria generale

---

hrsg. von H. Fitting, Halle, 1876, p. 127 ("sunt enim alie in rem acciones quibus non de dominio set de iure praediorum contenditur...").

([31]) Ad §. Namque, Institutiones, de actionibus (INSTI, 4,6,4), glo. vendicet. La lezione riportata nel testo è quella che ci sembra anche la più ricevuta.

([32]) Cfr. più sopra, a p. 341 ss..

([33]) La terminologia è azzoniana. Il testo, cui ci riferiamo, è la glo. Quod. autem, ad l. Ait praetor, ff. de superficiebus (D. 43,18,1,6), dove ci si domanda la ragione per cui un usufruttuario — a differenza di un superficiario — non può costituire un usufrutto sul bene. La risposta è ben diversa da quella che ci saremmo aspettata ricordando gli sforzi di separazione fra *dominium* e *servitus*: "quare usufructuarius non sic? Responde quia fructuarius habet instar domini, unde duo non possunt esse in solidum domini".

([34]) Cfr. ad l. Proprietatis, C. de probationibus (C. 4,19,4), glo. Proprietatis dominium: "idest dominium, quod est proprietas. Est enim et aliud dominium scilicet in usufructu, unde dicitur ususfructus est pars dominii", testo troppo vago per poter de-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della *servitus*, comprensiva delle servitù prediali e di quelle personali, come si definisce nella sistemazione dei bizantini, non è mai smentita né ora dai glossatori né domani dai commentatori ma un minimo di inespressa insofferenza serpeggia di fronte a una creatura giuridica assai complessa e peculiare che è insuscettibile d'essere semplicisticamente appaiata a un diritto di passaggio o d'acquedotto; una creatura che lo sdoppiamento in formale e causale contribuiva vieppiù a complicare giacché si trattava di chiamare con la stessa terminologia situazioni sensibilmente differenti.

Talora, accanto a una nozione decantata e definita di dominio utile, continua ad affiorare l'idea generica e confusa del *quasi-dominium* applicato non solo all'ipotesi della publiciana ma a tutti questi concessionari-imprenditori sul bene sui quali i glossatori non avevano tardato a esercitare lo loro invenzioni costruttive ([35]).

Quel ch'è più grave, incongruenze si colgono perfino nella stessa intelaiatura sistematica. Com'è noto, nel piano della compilazione giustinianea, al libro sesto dei *Digesta* dedicato alla *rei vindicatio*, alla *publiciana* e al titolo *Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur*, seguono il libro settimo sull'usufrutto e l'ottavo sulle servitù prediali, mentre nel Codice al titolo XXXII del libro terzo sulla *rei vindicatio* fan seguito il XXXIII 'de usufructu et habitatione et ministerio servorum' e il XXXIIII 'de servitutibus et aqua'. Queste concatenazioni, se si porta alle sue debite conseguenze l'opposizione *dominium rei/dominium iuris*, *dominium rei corporalis/rei incorporalis*, dovrebbero essere còlte dall'interprete come segnate da una separazione o, per dir meglio, da una contrapposizione che, relegando il *dominium iuris/dominium rei incorporalis* tra i semplici *iura in re aliena* incapaci — per incapacità del loro oggetto — di incarnare situazioni dominative, vede nel trapasso un salto di piano a causa della diversità strutturale di *dominia* e *servitutes*.

Ma non è così. Nella Glossa accursiana il commento alla rubrica con cui si apre nel *Codex* il titolo 'de usufructu', commento siglato

---

durre conseguenze precise, ma sconcertante proprio per quell'immotivato e generico richiamo al *dominium*.

([35]) Sintomatica la glo. Dominio, ad auth. Litigiosa, C. de litigiosis (C. 8,37): "Vel quasi dominio, ut per publicianam vel per aliquam utilem rei vendicationem, quae multae sunt, vel confessoriam pro usufructu, cum habeat instar proprietatis. Forte secus, quando de servitute rustica agitur. Item secus si agatur hypothecaria". Si veda anche la glo. Servitutes possunt, ad l. Et in provinciali, C. de servitutibus et aqua (C. 3,34,3).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da Azzone e tolto pressoché di peso dalla *Summa Codicis* azzoniana, è disarmante: "De dominio corporalium dixit. Sequitur de dominio incorporalium... dictum est supra de dominio corporalium rerum, nunc tractare intendit de dominio incorporalium rerum, et praemittit de usufructu et habitatione et ministerio servorum..." ([36]). Quasi due capitoli di una stessa trattazione, quasi un complesso trattato sul *dominium* articolato per comodità espositive in due momenti legati da una piattaforma logica comune, una assoluta continuità logica dal titolo sulla revindica a quello sull'usufrutto, all'insegna di quell'unico pilastro portante che è il *dominium*, quasi un *genus* che sorregge *species* diverse.

Né l'esempio di Azzone, autorevolmente trasportato nella compilazione accursiana, è l'unico ([37]). Azzone è colui che ha parlato con più insistenza di una *similitudo cum dominio*, anche se l'ha fatto per negare nell'usufrutto la qualità di *pars praedicamentalis* e quindi un carattere intrinsecamente dominativo. Un accomunamento così vistoso e sicuro non è neppure in lui giustificabile, pur se la premessa sistematica non si pone smaccatamente antinomica con le affermazioni successive. Antinomica è una tal premessa sistematica, nel tessuto della Glossa Magna, almeno con quei frammenti interpretativi tutti tesi a separare logicamente, a porre confini di carattere logico prima che tecnico. Segno di una estrema eterogeneità e sparsità del materiale raccolto da Accursio, segno che, alle soglie del mezzo secolo tredicesimo, non tutto è risolto e decantato sui difficili e controversi problemi della sistemazione dei diritti reali limitati; ma conseguenza anche di una circostanza che va sottolineata: nell'analisi dei Glossatori è un pullulare di intuizioni vive, talora fondate su percezioni nettissime, ma manca uno schema generale interpretativo che organizzi e sorregga tutta la materia, gli offra quello scheletro teorico che è l'unico valido a evitare aporie e antinomie. Anche lo stesso discorso della *pars praedicamentalis* e *integralis*, che pure si

([36]) Ad rubricam C. de usufructu (C. 3,33).

([37]) Vedi, per esempio, la *Summa Trecensis* (*Summa Codicis des Irnerius*, hrsg. von H. Fitting, Berlin, 1894, l. III, XI — De usufructu et servitutibus tam personarum quam rerum, n. 1): "petuntur quidem per in rem actionem non tantum res corporales set etiam incorporales. Ideo premisso tractatu vendicationis corporalium rerum rationabiliter de incorporalium vendicatione adnectitur, veluti de servitutibus tam personarum quam rerum", dove è notabile la commistione delle azioni confessoria e negatoria tipiche degli *iura praediorum* nel *genus vindicatio*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

originava in una utilizzazione assai provveduta della sapienza secolare dei dialettici, resta un discorso che avrebbe dovuto essere trasportato più oltre. È prezioso arrivare alla conclusione che anche l'usufrutto, la *dignior* fra le servitù, non incarna un *dominium*, ma è elusa la domanda che affiora incalzante subito dopo a chiedere la ragione costruttivo-sistematica di una siffatta estraneità. Questa esigenza di suprema limpidità teorica non trova enunciazioni sonore; la può soltanto leggere a fatica lo storico che si prenda carico di raccogliere e coordinare percezioni e affermazioni frammentate. Diciamo meglio: non era ancora tempo per le enunciazioni sonore, se l'analisi continuava ad essere in atto e procedeva innanzi con fatica.

3. Il nodo dei problemi sui rapporti *dominia-servitutes*, lungi dal restare abbozzato coi contorni ricevuti nel grembo della Glossa Magna, ebbe la ventura di essere ripreso in quel clima vivissimo che è proprio della scienza giuridica francese fra Dugento e Trecento. Grazie al forte respiro culturale che circola in Università come Orléans e Toulouse una schiera di giuristi, congiungendo in sé una indubbia forza speculativa a una altrettanto indubbia preparazione tecnica, facendo della prima il fondamento e il supporto della seconda, arriva a quei risultati rilevanti di definizione e di revisione teorica che la storiografia giuridica da tempo riconosce loro.

Il nodo *dominia-servitutes*, dommaticamente così delicato, così difficile e per molti aspetti ancora irrisolto sul piano teoretico, non poteva non attrarre l'attenzione degli ultramontani. A due di loro, certamente fra i più egregi del movimento, Pierre de Belleperche e Guillaume de Cunh, faremo riferimento, perché è grazie ad essi che il nostro problema subisce un'analisi chiarificatrice, proprio su quel piano sistematico che ci interessa. È un grosso passo innanzi. La strada per la sistemazione di Bartolo è spianata.

Il *punctum iuris* su cui incide a fondo il bulino di Pierre de Belleperche è la ragione del diverso trattamento del superficiario e dell'usufruttuario in ordine alla costituzione di servitù sul bene; il potere riconosciuto al primo viene disconosciuto al secondo. Il discorso prende avvio, com'è consueto nel maestro orleanese, dalle motivazioni della Glossa, che sono *truffae* e *burdae* nel suo icastico linguaggio ([38]) e che costituiscono la semplice occasione dialettica per

([38]) Questo linguaggio violento e piazzaiolo è tipico di Pierre (come è già stato sotto-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costruire antiteticamente la propria conclusione. Eccola:

"Credo quod in usufructu possum ius usufructus alii constituere sed quod pro me utatur possum alii constituere, hoc dicit l. supra, de usufructu legato, l.1 ([39]). Praeterea hoc probatur ratione, quia servitutes sunt qualitates, ut supra, de verb. sign. l. quid aliud sunt iura ([40]). In aliquo ente potest ens constitui, sed quod in accidente constituatur aliud accidens non est dicendum..." ([41]).

La conclusione negativa, rispetto a quella della Glossa, non muta, giacché Pietro ammette una pseudo-costituzione di usufrutto, un secondo 'usufruttuario' che si pone però quasi un 'procurator' del primo; quel che è invece completamente invertita è la motivazione. La Glossa, pur di giustificare il divieto fatto all'usufruttuario, in contraddizione con altre affermazioni di tenore opposto, aveva insistito sulla sua *similitudo* col *dominus* ed aveva spicciativamente invocato il principio 'duorum vel plurium dominium in solidum esse non potest' per dichiarare inammissibili due usufruttuarii su uno stesso bene. L'orleanese preferisce scavare con pervicacia nella nozione di *servitus*, analizzandola alla luce di concetti fondamentali della speculazione filosofica e sottoponendola a un vaglio di carattere squisitamente razionale, *probatum ratione*.

Dire che la servitù è una *qualitas praedii*, come nel testo di Celso, vale filosoficamente dire che la servitù è un *accidens* del fondo rustico o urbano, un qualcosa che nulla ha a vedere con la essenza

---

lineato da E.M. MEIJERS, *L'Université d'Orléans au XIIIe siècle* — III — *Influence et caractère de l'école d'Orléans*, in *Etudes d'histoire du droit* — T. III, Leyde, Univ. Pers Leiden, 1959, p. 112). Per due esempi usati a proposito dei nostri temi, cfr. ad l. Si mater §. Eandem causam, ff, de exceptione rei iudicatae, n. 13 (D. 44,2,11,4), in PETRI A BELLAPERTICA... *Commentaria in Digestum Novum...*, Francofurti ad Moenum, 1571 (rist. anast. Bologna, Forni, 1968): "Glo. male dicit. Supponit quod publiciana causatur ex utili dominio. Truffae sunt..."; e ad l. Qui usumfructum, ff. De verborum obligationibus (D. 45,1,58), *ibidem*: "dicunt ipsi: usufructus est pars fundi interpretative ut quinque sunt partes de decem vere, sed iter non est pars actus vere nec interpretative, unde praesumatur fieri novatio. Burdae sunt...".

([39]) D. 33,2,1 ("nec usus nec usus fructus itineris actus viae aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest: nec erit utile ex senatus consulto, quo cavetur, ut omnium quae in bonis sint usus fructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit").

([40]) D. 50,16,86 ("quid aliud sunt iura praediorum quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo?").

([41]) Ad l. Ait praetor §. quod autem, ff. de superficiebus, n. 2 (D. 43,18,1,6).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della cosa. E per avvalorare la scelta definitoria fatta e per vieppiù fondarla, ecco l'utilizzazione — che è palese nel testo — della opposizione fra *ens* e *accidens* impiegata in un significato non generico, al contrario ben specifico come giungeva ad avere nella grande rimeditazione della dottrina aristotelico-porfiriana degli accidenti in atto nella seconda metà del Dugento, soprattutto ad opera di San Tommaso. Il carattere primo dell'*ens* è la perfetta autonomia: "ens vero secundum quod habet esse, secundum quod habet quidditatem vel essentiam quandam"; quello dell'*accidens* è, per l'appunto, la sua eteronomia: "esse in subiecto non est definitio accidentis, sed e contrario res, cui debetur esse in alio, et hoc numquam separatur ab aliquo accidente nec separari potest, quia illi rei, quae est accidens, secundum rationem suae quidditatis semper debetur esse in alio".

Sono due passi limpidissimi tratti dal commento di Tommaso ai *Libri Sententiarum* ([42]). È sterile arrischiare l'ipotesi che Pierre li conoscesse, ma non è affatto sterile ipotizzare che il prete secolare Pierre de Belleperche, necessariamente edotto sui risultati della più recente speculazione teologico-filosofica, conoscesse bene la grande teorizzazione sugli accidenti operata dall'Aquinate (e non soltanto da lui) e circolante nelle scuole, e la applicasse come intelaiatura forte sui prodotti modesti e culturalmente deboli della scienza giuridica. Se contrassegno dello *accidens* non è l'*esse* — come per l'*ens* —, ma è piuttosto lo *esse in alio*; se l'*accidens* non è pensabile di per sé, come entità indipendente, ma soltanto collegato con un'altra entità cui si appoggia e su cui si fonda; se tutto questo è vero, la sua nozione si attaglia alla perfezione a quella tecnica di servitù. La quale viene così a caricarsi di tutta l'incapacità, l'eteronomia, la fragilità del concetto di *accidens*: questo, come appendice di un qualcosa che gli è estraneo, come struttura eterodipendente, non può costituire la base logica per fondarvi non dico un ente ma nemmeno un altro accidente. La servitù, costruita filosoficamente come *accidens*, trova qui, in questa sua peculiarità, le radici della propria incapacità a esser fonte di ulteriori situazioni reali; ed ha qui, di conseguenza, la sua fondazione prima e ragionevole (cioè *ratione probata*) la massima inveterata che 'servitus servitutis esse non potest'.

Il passo petrino, oltre ad essere un significativo esempio del no-

([42]) Vedi i testi, riportati alle voci *ens* e *accidens*, in *A Lexicon of St Thomas Aquinas*, by R.J. DEFERRARI-M.I. BARRY, Baltimore, 1948.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tevole respiro di un personaggio che sente le angustie di un diritto ridotto a mera tecnica, appare un momento abbastanza intenso nell'itinerario di decantazione della nozione di servitù. L'utilizzazione dell'istrumentario filosofico serviva a separare in modo indiscutibile *dominia* e *servitutes*, a farne, come nell'intuizione sepolta all'interno della Glossa, due *opposita*, due *opposita* sul piano logico prima ancora che sul piano tecnico. Tutte le implicazioni e complicazioni che ancora la Glossa mostrava fra appartenenza e *iura in re aliena* sembravano sciogliersi di fronte a una servitù ridotta a mero accidente.

Il sistema trovava invece una sua definizione rigorosamente logico-giuridica, qualche decennio più tardi, con il contributo di Guillaume de Cunh, professore a Tolosa, la cui operosità scientifica sembra doversi collocare soprattutto nel secondo decennio del secolo XIV ([43]). Se la puntualizzazione di Belleperche resta un fatto in sé conchiuso, la definizione di Guillaume è in relazione diretta e immediata con tutto il futuro svolgimento dottrinale; è, per esempio, la fonte conclamata della sistemazione bartoliana.

Nella *Lectura Codicis*, aprendosi al tema dell'usufrutto, discorrendo sulla rubrica del titolo, aggredisce il problema teorico come problema di costruzione d'una ossatura generale portante. Il discorso è succinto ma succoso, senza scialo d'immagini, senza ricorsi a sapienze estragiuridiche se non ai normali strumenti dialettici, sotto l'assillo d'un 'esigenza innanzi tutto definitoria (cioè di tracciare confini e contorni il più possibile netti):

"Vides hic continuationem rubrice qualiter supra tractavit de dominio rerum corporalium nunc vult tractare de dominio rerum incorporalium et revoco in dubio nunquid in usufructu sit dare dominium. Glossa quod sic, sed istud videtur oppositum in obiecto, quod ususfructus et dominium sunt opposita... et hoc apparet ex diffinitione quod ususfructus est ius utendi fruendi alienis rebus salva rerum substantia... Quid dicendum? Glossa bene dicit isto modo quod ususfructus habet dominium iuris sui non tamen dominium proprietatis, quod apparet quod in rem actio datur usufructuario que non datur

([43]) E.M. MEIJERS, *La première époque d'épanouissement de l'enseignement de droit à l'Université de Toulouse (1280-1330)*, ora in *Etudes d'histoire du droit*, T. III, cit., p. 187.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nisi domino... et sic dico quod habet usufructuarius dominium respectu sui iuris..." (44).

Due sono le puntualizzazioni rilevanti, che si concretano rispettivamente in un dissenso e in un consenso con le sistemazioni della Glossa.

Dissenso netto su un punto: non v'è continuità né logica né tecnica fra il titolo 'de rei vindicatione' e il titolo 'de usufructu', perché *dominia* e *servitutes* sono due *opposita*, sono due *opposita in obiecto*. Definizione finalmente netta di un dato sistematico di enorme rilievo, e non mancherà di sottolinearlo l'acuto ingegno giuridico di Bartolo, che terrà a ricordare l'analisi del tolosano. Il topos della continuità fra i due titoli non costituiva soltanto un'aporia della Glossa; per inconsapevolezza o almeno per pigrizia intellettuale aveva seguitato a stagnare anche dopo Accursio: se nelle *Lecturae* — l'una di non molto precedente, l'altra di non molto successiva — di Jacques de Revigny (45) e di Jacopo Bottrigari (46) il problema non è posto e il discorso resta vago, nella *Lectura* ciniana, che è all'incirca contemporanea, il 'peccato' della Glossa viene espressamente ripetuto e *res corporales* e *incorporales* sono accomunate sotto il profilo dell'azione all'insegna di un comune strumento di natura reivindicatoria (47).

---

(44) Super rubricam C. de usufructu et habitatione et ministerio servorum (C. 3,33), in GUILHELMI DE CUGNO *Lectura super Codice*, Lugduni, 1513 (rist. anast. Bologna, Forni, 1968).

(45) "dictum est supra de rei vendicatione quae competit pro rebus corporalibus; sequitur de incorporalibus pro quibus competit confessoria et negatoria" (Super rubricam C. de usufructu et habitatione et ministerio servorum, in PETRI DE BELLA PERTHICA [ma in realtà, IACOBI DE RAVANIS]... *Lectura... super prima parte Codicis...*, Parrhisiis, 1519 (rist. anast. Bologna, Forni, 1967).

(46) "dictum est supra de actionibus realibus quae pro rebus corporalibus competunt, nunc est videre de realibus que pro rebus incorporalibus competunt: et sunt negatoria et confessoria" (Super rubricam C. de usufructu et habitatione et ministerio servorum, in IACOBI BUTRIGARII... *Super Codice... lectura...*, Parrhisiis, 1516 (rist. anast. Bologna, Forni, 1973).

(47) "dictum est supra de vendicatione rerum corporalium. Verum quia etiam incorporalia vendicantur... ideo videndum est de vendicatione rerum incorporalium" (Super rubricam C. de usufructu et habitatione et ministerio servorum, in CYNI PISTORIENSIS... *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum tomi... commentaria...*, Francofurti ad Moenum, 1578 (rist. anast. Torino, Bottega d'Erasmo, 1964). Un simile atteggiamento potrebbe essere spiegato dallo scarso interesse che Cino rivela per i problemi dogmatici di sistemazione dell'usufrutto e dei rapporti di questo col *dominium*. La trat-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'intervento di Guillaume appare, dunque, davvero come il sasso lanciato nello stagno; e il monito che ne deriva è a non commettere dei 'peccati' tecnici che sono innanzi tutto degli svarioni di logica formale.

Il consenso con la Glossa è invece apparente, e apparente è il salvataggio che il maestro francese ne fa: la Glossa ha visto bene quando ha indentificato il *dominium* dell'usufruttuario in un *dominium iuris* perché l'usufruttuario è soltanto *dominus* del proprio *ius*, cioè della propria situazione giuridica, cioè di una *res incorporalis*. Se non v'è continuità logica fra *dominium* e *servitus*, fra *dominium rei* e *dominium iuris*, si può solo dedurre che il salvataggio è formale perché è formale creare una piattaforma comune, il *dominium* che prescinde dal proprio oggetto, la quale uniforme non è ed è anzi composta di situazioni molto e troppo eterogenee.

Correttissimi, dunque, gli interventi di Guillaume sul piano definitorio: v'è uno stacco incolmabile fra *dominium* e *servitus*; per le *servitutes* — e quindi anche per l'usufrutto — si può parlare solo di *dominium iuris*. Insoddisfacente, invece, resta il discorso sul piano sistematico; su questo piano l'analisi è monca e attende una conclusione che non c'è. Il discorso è lasciato aperto proprio perché i due interventi definitorii non vengono saldati fra di sé, perché rimangono slegati. Questo sarà il compito e il merito di Bartolo. Il disegno architettonico sarà unicamente suo.

4. Prima di parlar di Bartolo, non vorremmo tuttavia omettere di segnare qui alcuni chiarimenti conclusivi sui rapporti fra *dominium utile* e *quasi dominium* che si maturano negli ultimi fertilissimi scorci del Dugento. Non vi abbiamo accennato nel paragrafo precedente perché il contributo determinante è di un giureconsulto toscano singolarissimo, per tanti versi *homo novus*, sensibile alle molte correnti di quel complesso spartiacque culturale, munito di una buona dose di spregiudicatezza, aggressivo e puntiglioso com'è tipico del carattere dei toscani: Dino del Mugello.

Si sa, per quel che ne abbiamo già detto più sopra, che il *quasi dominium* assume, nelle mani ancor grezze dei glossatori, il carattere di un contenitore generale che, lasciando il terreno della semplice

---

tazione ciniana sull'usufrutto ha carattere analitico e casistico, rifuggendo dai grossi nodi teoretici dell'istituto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

publiciana, tende a ricomprendere una folta gamma di situazioni e anche tutte quelle situazioni reali atipiche che la nuova coscienza giuridica medievale sente emergere e incidere al livello della appartenenza; un territorio di figure sfumate, indefinite e indefinibili, che legittima la genesi e il consolidamento del libello unitario escogitato dalla prassi avvocatesca in cui il *petens* dichiarava di avere la cosa 'iure' dominii vel quasi'.

In questa visione conglobante, il *quasi dominium* veniva a confondersi col dominio utile, e lo stesso usufruttuario si trovava fregiato della qualifica di *quasi dominus*. In mezzo ad altri ([48]) tentativi di miglior precisazione di un tale nodo problematico, quello di Dino del Mugello appare connotato di maggiore incisività perché sorretto da una forte convinzione teorica e, come tale, assai influente nei tempi lunghi (per esempio, su Bartolo). È per questo che gli si offre qui qualche risalto.

Scrive Dino, nel suo commento al titolo 'de actionibus' delle Istituzioni ([49]), cercando di mettere ordine nel campo complicato delle

---

([48]) Uno è, per esempio, Pierre de Belleperche, che (il testo è stato da noi già citato alla nota 38) se la prende proprio con la Glossa per aver collegato indebitamente utile dominio e publiciana: "Glo. male dicit. Supponit quod publiciana causatur ex utili dominio. Truffae sunt..." (cfr. ad l. Si mater §. eandem causam, ff. de exceptione rei iudicatae, n. 13). Più complesso è l'approccio di Pierre con il dominio utile, un espediente della prassi che egli non discute e di cui prende atto senza difficoltà. Qualche difficoltà ha invece, più del suo maestro Jacques de Revigny, a metterlo sullo stesso piano del dominio diretto. Al quesito se un *dominus utilis* "agit et dicit rem suam, nunquid libellus debet cassari", Pierre risponde: "non obtinebit". Ma aggiunge, con un sentimento di desolazione, che c'è ormai una consuetudine invalsa a favore dell'utilista: "appellatione vini non continetur acetum, tamen [si] consuetudinem haberent appellandi acetum vinum, tunc intelligitur hic" (*ibidem*, n. 20). Sembra proprio che agli occhi di Pierre il dominio utile sia aceto. Testimonianza questa dell'approccio complesso che si ha presso gli ultramontani — secondo una tradizione dottrinale che risale a Bartolo — con la nozione di dominio utile.

([49]) Testi di Dino meno significativi ma ugualmente chiari sono nei suoi commenti al Digesto Novo. Cfr. ad l. Cum postulassem, ff. de damno infecto (D. 39,2,44) e ad l. Et an eadem, ff. de exceptione rei iudicatae (D. 44,2,14) (in Dyni de Muxello *Apostille super Infortiato et ff. Novo*, Lugduni, 1513 (rist. anast. Bologna, Forni, 1971), testo importante quest'ultimo perché, a proposito della divisione del dominio, accenna a "omnem dominii qualitatem et per hoc utile et directum" considerando paritariamente i due *dominia* e affermando per il dominio utile il carattere di dominio sotto un profilo squisitamente tecnico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

azioni *in rem*:

"Utilis in rem datur ratione utilis dominii. Item actio publiciana datur ratione quasi dominii. In hoc erraverunt glos. Dicunt quod ratione quasi dominii datur confessoria fructuario, item creditori [scilicet hypothecario]. In hoc dicunt pessime. Creditores non habent dominium vel quasi, sed ius in re... fructuarius non habet dominium vel quasi, sed ius. Impossibile est quod ille qui habet usumfructum formalem habeat dominium, quia res sua non potest alicui servire... Ergo quod glo. dicit quod confessoria ratione quasi dominii datur fructuario et creditori est inconveniens et impossibile de iure. Ergo verum est et ita credendum est quod glos. intellexerunt quod rei vendicatio directa datur ei qui habet directum dominium... utilis datur ei qui est emphyteuta qui habet utile dominium... item superficiario... Publiciana datur ratione quasi dominii, ut ei qui emit a non domino quem credebat dominum... Publiciana pro servitute datur ei cui constituta est servitus ab eo quem credebat dominum" ([50]).

E ancora:

"Modo restat videre utrum publiciana detur ratione dominii utilis vel quasi dominii. Dicunt quidam, et videtur mihi quod in ista opinione sit Rofred. et Glossa in lege Cum postulassem §. damni infecti, ff. de damno infecto [D. 39,2,44,1], et dicunt quod ille qui habet publicianam habet utile dominium, sicut enim dominium directum competit ex causa rei venditae sic utile ex causa publicianae. In veritate non intelligunt quod dicunt... Ideo vos habetis dicere quod tria sunt dominia, quorum unum non est alterum: dominium directum, utile et quasi dominium. Propter directum datur directa rei vendicatio, propter utile utilis ut quia emphyteuta, superficiarius vel qui praescripsit spacio X. vel XX. annos. Qui habet quasi dominium habet publicianam. In hoc non erretis, licet aliquando viderim multos errare" ([51]).

Il giureconsulto parla per una sentita esigenza di chiarezza. Occorre soprattutto separare e distinguere laddove erroneamente si è mescolato e confuso. *Dominium directum*, *dominium utile* e *quasi dominium* ritrovano tratti specifici, funzioni specifiche e uno speci-

([50]) Dyni de Muxello *Tractatus de actionibus*, in *De actionibus tractatus clarissimorum... iurisconsultorum...*, Lugduni, 1568, §. Aeque, n. 22 (fol. 160). Su tutta la problematica relativa alla publiciana, cfr. R. Feenstra, *Action publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du moyen âge*, in *Mélanges Philippe Meylan* — vol. I, Lausanne, Imprim. Centr., 1963, (ora in R.F., *Fata iuris romani-Etudes d'histoire du droit*, Leyde, Presse Univ., 1974, soprattutto p. 134-35).

([51]) *Tractatus de actionibus*, §. Sed istae, n. 19 ss. (fol. 162).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fico campo di applicazione "quorum unum non est alterum". In particolare, il quasi dominio perde la onnivalenza di cui l'avevano caricato i glossatori e riprende il suo nesso esclusivo con la publiciana. In questo quadro articolato, mentre si riafferma per il dominio utile il carattere di *dominium* (è, come il diretto, una *qualitas dominii* — si precisa in un diverso testo diniano segnalato alla nota 49), lo si nega alle servitù prediali ed anche all'usufrutto.

La diagnosi giuridica porta a termine un procedimento di identificazione, di identificazione grazie alla distinzione, grazie a un'operazione — si direbbe — di ritrovamento e fissazione di confini prima sepolti.

5. Quando, dunque, Bartolo rimedita a fondo il problema dei *dominia* e tenta per primo (almeno per quanto ne sappiamo) di delineare un sistema complessivo dei diritti reali (complessivo e comprensivo di *dominia* e *servitutes*), si presupponevano a lui tentativi di approfondimento di indubbio valore provocatorio: l'analisi dei glossatori, pur con le sue incertezze, pur con le sue claudicanze, pur con il suo carattere di ricerca ancora allo stato di abbozzo, offriva elementi preziosi di riflessione ed alcune messe a punto di notabile acutezza; dai francesi eran venuti contributi teoricamente assai ricchi, che avevan dato respiro all'arido problema tecnico; dal Mugellano si era messo un maggior ordine nel ginepraio dei *dominia*. Ora, al termine d'un lungo e tormentato sentiero d'indagine, si era in grado di ricomporre le tessere sparse in un mosaico organico, di passare dal piano definitorio a quello sistematorio. E Bartolo, anche per capacità costruttive, era l'uomo adatto.

Il suo merito non è infatti di aver plasmato i singoli elementi: questi sono stati, per buona parte, individuati dalle ricerche precedenti, ed è dai precedenti laboratorii che egli li ricava. In sua mano ricevono però una valorizzazione particolare nel momento in cui essi sono comparati e coordinati, composti in una visione generale ed organica. La novità bartoliana è l'osservatorio sopraelevato e dominante da cui si guarda il tutto e da cui soltanto si può tracciare un' architettura onnicomprensiva, un'architettura che riassorba e vanifichi le aporie e le antinomie di cui era costellata la Glossa. Il merito di Bartolo sta qui, e non è di poco conto.

Partendo da una inespressa ma precisa coscienza delle passate aporie, il primo passo che egli compie è quello di fissare una catego-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ria universale, il *dominium*, con la dichiarata convinzione che non si tratta di una categoria unitaria, ma anzi estremamente eterogenea e difforme, contenitrice di realtà intrinsecamente diverse se non opposte. È nella premessa alla sua celebratissima definizione di *dominium rei*:

"Quaero quid sit dominium, et potest appellari largissime pro omni iure incorporali, ut habeo dominium obligationis, ut puta ususfructus... et isto modo non assumo hic, sed prout dominium cadit in rebus corporalibus, et hoc modo loquitur titulus de acquirendo rerum dominio et Instit. primo ponit de rerum divisione, postea de servitutibus et usufructu et usu et habitatione, ut ostendat quod aliud sit dominium in rebus corporalibus quam in incorporalibus. Quid ergo est dominium? Responde: est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeatur... de re corporali dixi ad differentiam incorporalium, in quibus non cadit dominium proprie" ([52]).

Si direbbe quasi la volontà puntigliosa di segnare le disomogeneità, di avvertire che le disomogeneità sono tali da impedire l'unitarietà della categoria *dominium*, da condannare la categoria a un rango puramente nominale se essa è tanto larga da ospitare *dominia propria* e *dominia impropria*. In più, un'idea ineliminabile al fondo: che l'unità di misura per calcolare la 'improprietà' di un dominio resta sempre e soltanto il *dominium rei corporalis*, al di fuori dei cui confini ogni *dominium* non è più un contenuto di poteri identificabili per la sua corrispondenza all'appellativo ma una forma vuota suscettibile dei contenuti più difformi (tant'è vero che si parla di *dominium obligationis* e di *dominium ususfructus*).

Che senso ha, da parte di un giureconsulto provvedutissimo, proporre una categoria così priva di legittimazione tecnica? E quale funzione può avere? Gli scopi sono due: è innanzi tutto una risposta alle fonti raccolte nel *Corpus* giustinianeo, che esattamente in tema di *dominium* offrivano un caleidoscopio dei più variegati; è un modo per far risaltare che il *dominium* proprio è uno solo e tutti gli altri sono altra cosa perché i confini del *dominium largissime sumptum* esorbitano tecnicamente i confini del *dominium proprium*. Per venire a noi e ai nostri specifici problemi, lo scopo era di devitalizzare e degradare tutto ciò che si situava fuori di questi ristretti confini, tutti

([52]) Ad l. Si quis vi §. differentia, ff. de acquirenda possessione, n. 4 (D. 41, 2, 17, 1), in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Digesti Novi partem*, Venetiis, 1615.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dominii nominali privi però della sostanza del dominio assunto a unità di misura. Bartolo è esplicito: "quod aliud sit dominium in rebus corporalibus quam in incorporalibus". Come aveva già sottolineato Guillaume de Cunh, la continuità nella compilazione fra le trattazioni della *rerum divisio* e delle *servitutes* è puramente estrinseca, una consecuzione apparente che segna cronologicamente e non logicamente un prima e un dopo.

Nel commento alla rubrica 'de usufructu' del Codice — luogo ormai consueto per le riflessioni dei giuristi — Bartolo, facendo suo perfino lo stesso linguaggio di Guillaume, scrive:

"Rubrica nostra continuatur secundum glossam nostram sic: dictum est supra de dominio rerum corporalium, sequitur videre de dominio rerum incorporalium, ut ususfructus, usus, etc. Ista continuatio videtur posse impugnari. Et videtur quod hic sit oppositio in obiecto. Nam ususfructus est ius utendi fruendi alienis rebus, sed Glossa secundum istam continuationem videtur concludere quod usufructuarius sit dominus. Quare male. Potes salvare glossam secundum Gul[ielmum] de Cu[neo] et dicere quod usufructuarius, habito respectu ad ius quod habet in re, potest dici dominus ipsius" ([53]).

Il disegno comincia a disvelarsi meglio. Quel che preme a Bartolo è rompere la continuità logica, segnare il salto logico che separa *dominia* e *servitutes*, sottolineare che siamo di fronte a due nozioni contrarie. Se di *dominium* si può parlare per le servitù, è soltanto di *dominium iuris*, cioè di appartenenza di un ente astratto — lo *ius* —, che può essere ora *ius utendi*, ora *ius aquaeductus*, ora *ius aquae haustus*, e così via, ma che non ha nulla a che vedere con la concretezza del reale. I *dominia iuris* andavano pertanto collocati in un campo logico in cui non ci fosse pericolo che venissero scambiati e confusi con le situazioni di appartenenza della cosa. Da qui il limbo di un *dominium largissime sumptum*.

Il disegno si disvelera però appieno, quando Bartolo, affrontando il vecchio nodo dell'usufrutto come *pars dominii*, renderà ancor più palese la propria architettura tecnica:

"Sciendum est quod unum est totum integrale et partes integrales, ut domus quae consistit ex suis partibus. Item decem consistunt ex

([53]) Ad rubricam tit. de usufructu et habitatione, n. 1 (in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Codicis partem*, Venetiis, 1615).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quinque et quinque et sic in aliis numeris et corporibus. Quoddam est totum universale et partes subiectivae seu praedicamentales, ut genus et species. Nam animal est genus et sic totum, quia subijciuntur dicto generi et praedicantur de genere, quia si dico 'homo est' sequitur igitur 'animal est' et sic dicitur pars praedicamentalis. Hoc praemisso, dominium potest accipi pro quodam genere, pro dominio pleno, ut supra, de acquirendo rerum dominio, per totum. Item pro proprietate nuda. Item pro usufructu simplici. Item pro usu. Omnis nam qui habet aliquod ius in re potest recte dicere: ego habeo dominium illius iuris... et isto modo assumendo dominium, recte dicimus quod ususfructus est pars dominii, hoc est species et sic pars subiectiva seu praedicamentalis... Alio modo potest intelligi fundus pro dominio pleno, hoc est pro pleno iure fundi, et sic accipimus hic dominium non pro genere sed pro una specie, scilicet pro dominio pleno. Et isto modo, si ususfructus accipiatur ut servitus, est species distincta a dominio, si accipitur ut commoditas, tunc est pars integralis fundi seu dominii, quia ex proprietate et usufructu constituitur istud totum integrale scilicet fundus seu plenum dominium" ([54]).

Dominium è una nozione relativa, cioè con molteplici significati nell'universo del diritto. Può essere la categoria larghissima, fin troppo larga, di cui Bartolo ha discorso prima, e qui trovan posto il pieno dominio, la nuda proprietà, l'usufrutto, l'uso, quindi anche tutte le titolarità di *iura in re*, tutte le situazioni per cui posso dire: 'ego habeo dominium illius iuris'. Può essere anche la *species* dominio pieno, dominio pieno di una cosa. A seconda che si assuma nella prima o nella seconda accezione, l'usufrutto si atteggerà diversamente come *pars*: nella prima accezione, considerato nella sua veste autonoma di usufrutto formale, di servitù, di proprietà del diritto di usufrutto, sarà *species* di un *genus* e si porrà come *pars praedicamentalis*, nella seconda, considerato come usufrutto causale e articolazione interna al *dominium*, sarà parte di un tutto e si porrà come *pars integralis*.

Come si vede bene, avevamo perfettamente ragione di dire che Bartolo utilizza materiali già messi in opera nei laboratorii precedenti: *totum* e *pars*, *genus* e *species*, *pars integralis* e *pars praedicamentalis* sono il corredo che gli viene fornito dalle analisi dei glossatori.

([54]) Ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. 3 (D. 45, 1, 58), in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in secundam Digesti Novi partem* cit... Sulla costruzione bartoliana dell'usufrutto non si può che rinviare alla recentissima e assai documentata indagine di ROSSI, *La natura giuridica dell'usufrutto nella sistemazione di Bartolo* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Egli si limita a coordinare e organizzare unitariamente il loro discorso frammentato e talora perplesso unificandolo sotto l'insegna di una nozione estremamente relativa di *dominium*. Su un punto la concordanza è totale: l'usufrutto rispetto al dominio pieno, se è formale, è servitù, e quindi realtà completamente diversa; se è causale, non può che essere parte di un tutto ma soltanto come *pars integralis*, entità che, sommata ad altra (la nuda proprietà), ci dà un tutto che è realtà diversa dalle singole entità; è invece pienamente da respingere, in questo caso, l'idea della *pars praedicamentalis* che evoca il rapporto genere/specie. Questa sarà la qualificazione corretta dell'usufrutto rispetto al *dominium in genere*: *dominium iuris* come *species* del genere *dominium largissime sumptum*.

Due notazioni conclusive ci sembra di dover segnare.

Che il risultato non è difforme dalla linea che abbiam visto percorrere tutto l'itinerario dei glossatori, ed è la sostanziale estraneità di ogni servitù e anche dell'usufrutto causale in quanto *commoditas* dalla sfera sostanziale del *dominium*. Ricomprendere infatti il *dominium iuris* sotto la vaga copertura del *dominium* generico, ammettendo che si tratta comunque di *dominium* improprio, vale ad escluderlo, vale — ripetiamolo ancora una volta — a marcare il confine e la separazione con il *dominium* proprio.

Che, se v'è un atteggiamento nuovo in Bartolo, è la maggiore spregiudicatezza o, se vogliamo, il minor rigore filosofico nell'uso di categorie come genere e specie. Piacentino, Azzone, la Glossa Magna erano stati lettori attentissimi dei dialettici, avevano assorbito quelle categorie nella loro specifica pregnanza filosofica e le avevano usate con estrema cautela sapendo di maneggiare strumenti delicatissimi. 'Non est praedicamentalis, quia non est dominium' afferma Piacentino, 'non enim est pars praedicamentalis ut dicatur dominium' ribadisce Azzone, e nella Glossa — recettiziamente — si ripete: 'non autem est pars praedicamentalis quia sic esset dominium', frasi tutte dove abbiamo creduto di cogliere una nozione di *species* come partecipativa della natura del *genus* e, nell'animo dei giuristi, il timore di una conseguenza inevitabile a livello tecnico ove si fosse adottato un determinato schema dialettico. Il *genus* costruito da Bartolo è uno schema categoriale slabbrato, un contenitore di realtà disomogenee, come abbiamo *in limine* precisato. Ora se ne capisce il motivo: perché ciò avrebbe reso innocuo sul piano tecnico l'uso dello schema dialettico *genus/species*. Dire che il *dominium iuris* è *spe-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cies di un *genus* così largo e così improprio di *dominium* non ha nessuna conseguenza sulla natura della servitù, che è e resta non autenticamente dominativa.

Il *dominium* autentico non può non essere *dominium rei corporalis*, non può non essere l'approccio-confronto fra uomo e cosmo, soggetto e cosa. Prima ancora che un dato tecnico è questa una acquisizione antropologica tenacemente abbarbicata alla coscienza giuridica dell'Occidente secondo un filo conduttore che va dalle costruzioni classiche al BGB. La servitù è fuori di questo schema, è quindi soprattutto antropologicamente ben più fragile; è un *accidens*, diceva cogliendo nel segno Pierre de Belleperche. La sistemazione di Bartolo è un passo ulteriore dopo glossatori e ultramontani, e la sua separazione fra *dominia* e *servitutes* nasce e si fonda su una siffatta nozione di 'servitus'. Dirà egli, dietro Oldrado, dando una ragione soddisfacente del principio generale *servitus servitutis esse non potest*:

"quia servitus est quaedam qualitas, non autem substantia, l. Quid aliud, infra, de verborum significatione [D. 50,16,86]. Cum ergo qualitas non possit esse sine subiecto, l. 2, supra, de usufructu [D. 7,1,2], de necessitate concluditur quod servitus servitutis esse non potest sicut non potest esse qualitas qualitatis, quia requirit substantiam aliquam in qua sit" ([55]).

È lo stesso identico discorso di Belleperche tradotto nel vocabolario consueto dei giuristi, non più *ens* e *accidens*, ma *substantia* e *qualitas*. La *servitus* non è dato strutturale, non attiene alla cosa e alla sua essenza; *forma*, *habitus*, *qualitas* ([56]) diranno variamente i

([55]) Ad l. Nec usus, ff. de usufructu legato, n. 7 (D. 33,2,1), in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in secundam Infortiati partem*, Venetiis, 1615.

([56]) Bartolo, che nel commento più sopra citato (nota 55) alla l. Nec usus, sembra ritenere conveniente il sostantivo *qualitas* non solo per gli *iura praediorum* ma anche per l'usufrutto, mostra un avviso radicalmente diverso nel commento alla l. Servitutes (quarta), ff. de servitutibus, n. 7 (D. 8,1,4) (in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, Venetiis, 1615): "dices tu: usufructus est servitus et licet non inhaereat ossibus usufructuarii, tamen ipsi praedio imprimit quandam qualitatem seu quendam characterem... Responde: non est verum. Nam servitus est quaedam qualitas ipsius fundi; propter hanc nam servitutem fundus dominans est melior et iste est deterior. Usufructus non est qualitas praedii, quia talis est fundus, in quo alteri debetur usufructus sicut si nemini deberetur, sed per usumfructum diminuitur ius dominii, non fundi...". Un segno affiorante del disagio a soffocare interamente, entro la categoria uni-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuristi, ma il significato è sempre uno: fragilità di questa creatura che si adagia sulla cosa senza radicarvisi. Rispetto alle servitù la sostanza della cosa rimane intatta. Siamo all'opposto di ogni vero dominio, che significa prima di tutto radicazione *in re*, nella natura intima della *res*.

Per questo il campo dei poteri d'un titolare di servitù è ristretto, anche dell'usufruttuario che è pure il più anomalo e ambivalente; gli è precluso, per esempio, anche lo strumento della *nunciatio novi operis*, come è segnato con chiarezza fin nel frammento ulpianeo con cui si apre il titolo apposito del Digesto. Se Bartolo si interroga sui motivi, non esita a ritrovarli nella natura stessa dell'istituto:

"Et quae sit ratio quod [usufructuarius] potest nunciare procuratorio nomine domini et proprio non? Dic quod non habet dominium, sed ius usufructus, quod de facili potest amitti. ... et sic quia habet ius debile, non potest suo nomine nunciare. Sed quare procuratorio nomine potest? Dic quod eo ipso quod constituit eum usufructuarium, videtur eum facere custodem et procuratorem generalem in illa... Item, quid in emphyteusi et feudatario? Et responde: isti possunt suo nomine..." (57).

Ritorna il solito contrappunto fra l'usufruttuario — da un lato — e l'enfiteuta e il feudatario — dall'altro, tra la situazione di eteronomia del titolare d'una servitù, sia pure della *dignior* tra le servitù, e l'autonomia che è propria di ogni situazione di dominio utile. Le diversità nella disciplina giuridica trovano una giustificazione prima e probante in quella autonomia che è assente nei primi ed è invece presenza caratterizzante dei secondi. I primi potranno agire soltanto a titolo procuratorio, i secondi in nome proprio per il fatto elementare che sono *domini rei*. In Bartolo il dominio utile riceve la sua consacrazione proprietaria anche a livello sistematico, e pertanto la sua inconfondibile tipicità rispetto all'usufrutto. La sistemazione operata una volta per tutte nel commento famoso alla l. Si quis vi — di cui abbiamo poco sopra esaminato solo la parte che qui ci interessava ma di

---

taria delle servitù, l'usufrutto come servitù personale; un segno che gli si riconosce caratteri suoi propri e peculiari, i quali però non arrivano a smentire l'unità della categoria.

(57) Ad l. Hoc edicto §. usufructuarius, ff. de operis novi nunciatione, n. 1 e 15 (D. 39,1,1,20), in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Digesti Novi partem* cit...Per amor di precisione si deve qui aggiungere che, a differenza dell'usufruttuario, malgrado la estrema fragilità della propria posizione, il titolare di servitù prediale può denunciare *suo nomine* la nuova opera, e ciò per speciali motivi che non è il caso di esaminare.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cui abbiamo in altra sede valutato la rilevantissima analisi a proposito della pluralità dei *dominia* ([58]) — dopo aver scisso *dominium rei* e *dominium iuris*, inserisce a pieno titolo il direttario e l'utilista fra i proprietari della cosa, ciascuno con una propria sfera giuridica autonoma e differente. Se "appellatione dominii intelligimus de dominio directo simpliciter loquendo" ([59]), se il dominio utile — come diranno tutti i giuristi del commento — è còlto come un *dominium secundum quid*, cioè ben incarnato nella concreta dimensione economica della *res*, quell'enfiteuta che "agit rei vendicatione sempliciter dicendo se dominum" vedrà riconosciuta la sua azione processuale giacché "in dubio, loquendo de dominio, videtur quis loqui de eo quod ad se pertinet" ([60]). Due *qualitates dominii in esse* ([61]), due sostanze dominative sulla medesima cosa. Nello stesso tempo, perfettamente in linea con un tale processo di chiarificazione, la definitiva distinzione teorica fra dominio utile e quasi dominio e la confinazione di questo nel solo ristretto campo della publiciana: "aliud est dominium directum et aliud utile, aliud quasi dominium" ([62]).

6. Bartolo chiarisce e sistema il complesso annodamento problematico in un modo che sembrerà definitivo nello svolgimento futuro del diritto comune; a lui si rifaranno gli interpreti del tardo commento e, per il tramite di questi, i sistematici quattrocenteschi. Esaminarlo nella sua relativa solitudine era pertanto non solo storiograficamente corretto ma doveroso.

([58]) Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* cit., p. 153 ss.

([59]) Affermazione comune; vedine un esempio nel commento ad l. Agri civitatum, ff. si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur (D. 6,3,1,1), n. 1, in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, Venetiis, 1615.

([60]) Vedine un esempio nel commento ad l. Sed et si possessori §. item si iuravero, ff. de iureiurando, n. 2 (D. 12,2,11,2), in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in secundam Digesti Veteris partem*, Venetiis, 1615.

([61]) La definizione — incisiva — è di Baldo (cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nella esperienza giuridica medievale* cit., p. 203).

([62]) Ad l. Si cui aqua §. denique ait, ff. de aqua pluvia arcenda, n. 10 (D. 39,3,1,23) in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Digesti Novi partem* cit. Assai interessante anche il commento ad l. Si mater §. eandem, ff. de exceptione rei iudicatae, n. 3 (D. 44,2,11,4), in BARTOLI A SAXOFERRATO *Commentaria in primam Digesti Novi partem* cit., dove si precisa che, quando si afferma in un libello 'rem pertinere ad me iure dominii' "dominium videtur deducere scilicet directum vel utile, non tamen quasi dominium".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dopo di lui un sostanziale riecheggiamento delle sue tesi percorre l'analisi dei giuristi, che si limitano ad apportare — e lo vedremo — unicamente delle variazioni sul tema. Ed è perciò che coglieremo e seguiremo unitariamente il grande coro dottrinale, memori di quella elementare verità storica che il diritto comune è una realtà soprattutto corale, non una costellazione sparsa di stelle fisse ma un ceto di giuristi che lavora sorretto da una coscienza unitaria e orientato da un progetto unitario in una maniera niente affatto dissimile dalle corporazioni di quegli ignoti artefici che costruivano le cattedrali cittadine.

Nel coro, una voce dopo Bartolo merita però di non essere soffocata; ed è quella di Baldo: nella sua analisi di personaggio speculativamente assai dotato si assiste a uno scavo di approfondimento e a una dilatazione argomentativa che — pur nel solco della sistemazione bartoliana — meritano un momento di autonoma attenzione; in lui è inoltre palese, più che in Bartolo, una maggiore insofferenza a seppellire l'ambivalente istituto dell'usufrutto nella categoria generale delle servitù (che tuttavia continua a non essere né smentita e neppure discussa).

La ricchezza intellettuale di Baldo, al di là delle rischiose valutazioni dei talenti squisitamente personali, è di essere, assai più di Bartolo, uno *iurisperitus* autenticamente tridimensionale: non il solito giurista di diritto comune che non può non aver familiarità con le fonti e la letteratura del diritto canonico e feudale accanto a quelle più propriamente di *ius civile*, ma lo scienziato che dedica alle Decretali e agli Usi dei feudi un impegno pari allo zelo dimostrato nei commenti al Digesto e al Codice e che rivela altresì una pari preparazione. Baldo, insomma, va ben oltre la larghezza di sguardo che il diritto comune richiede ai suoi cultori ed è protagonista anche nelle particolari storie letterarie della canonistica e della feudistica. Sarà dalla felice simbiosi delle tre dimensioni che il perugino trarrà occasione per scavare più a fondo.

Proprio il Baldo canonista, comparando e quasi soppesando le due nozioni di *servitus* e di *iurisdictio*, riesce a mettere a fuoco a un livello teoreticamente convincente i confini insormontabili fra *servitus* e *dominium*. È un testo poco o punto noto, ma di estremo rilievo:

"Quaero utrum servitus sit magis annexa fundo quam iurisdictio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

territorio. Et videtur quod non, sed sunt paria. In contrarium videtur, quia servitus non potest esse sine fundo, et ideo servitus servitutis esse non potest. Nam secunda servitus non esset in fundo, sed in quodam intellectuali et totaliter incorporeo, sed iurisdictio potest esse sine territorio, sicut potest unus rex habere iurisdictionem in aliqua parte territorii alterius regis. Modus ergo essendi servitutis est modus annexionis, sed modus essendi iurisdictionis est modus dominandi et quoddam quid magis abstractum quod intellectu et potestate percipitur... Non est inconveniens dicere quod iurisdictio iurisdictionis esse potest, ut si habens iurisdictionem directam concedit alteri utilem, ut in feudis. Sic et utile dominium est quaedam inferior proprietas; numquam autem quis proprie loquendo vocabit servitutem utilem proprietatem, immo incompatibile est quod eiusdem rei quis habeat proprietatem et servitutem, quoniam res sua nemini servit, unde distinguuntur ab invicem per modum oppositionis" (63).

Il raffronto fra *servitus* e *iurisdictio* si traduce in una contrapposizione fondamentale tra due opposti *modi essendi*, incentrato l'uno sulla naturale eteronomia — la *annexio*, cioè la vocazione di una entità *totaliter incorporea* ad essere appendice di un *corpus* —, l'altro sulla naturale autonomia — la *dominatio*, cioè la capacità a stare per sé e da sé in grazia di una autonomia di valori intrinseci; e poiché la *iurisdictio* è un *modus dominandi*, è l'espressione del genere *dominium* in tutta la sua latitudine, il primo raffronto ha un proseguimento logico, quasi un ulteriore argomento corroborativo, nell'opposizione *servitus-dominium utile*: il *modus dominandi* è così radicalmente opposto al *modus annexionis* che nessuno si sognerebbe mai — almeno su un piano di uso corretto di concetti e vocaboli giuridici — di qualificare come servitù delle realtà intimamente dominative, anche quel dominio utile che è *proprietas inferior* ma che sempre *dominium* è, e, in quanto tale, appartenente a un universo in cui le servitù non han cittadinanza. Esse non attengono alla *substantia rei*; costituiscono degli *iura semiplena* a fronte di quello *perfectum et plenum* che è il *dominium* (64); come tali — dirà Baldo ripetendo la

(63) Baldo, ad cap. Uno delegatorum, X de officio delegati, nn. 14 e 15 (EXTRA, 1,29,42), in Baldi Ubaldi perusini... *In Decretalium volumen commentaria...*, Venetiis, 1595.

(64) Ad l. Data opera, C. de iis qui accusare non possunt, n. 28 (C. 9,1,11), in Baldi Ubaldi perusini *In VII. VIII. IX. X. et XI Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577: "sed numquid iura sunt substantiae et qualitates? Et videtur distinguendum. Nam quoddam est ius perfectum et plenum, ut ius dominii, quoddam semiplenum, ut servitutis, quoddam minimum, ut nudae possessionis... Servitutes vero videntur esse quaedam

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qualificazione che è già nelle fonti romane — rappresentano soltanto "quaedam qualitates" (65) o — dietro gli ultramontani, riferendosi alle servitù prediali — dei puri *accidentia* (66).

Per le servitù prediali, inerenti sempre a esigue porzioni di godimento (un passaggio, un acquedotto, un attingimento, uno stillicidio) di quella realtà complessa che è il fondo, soprattutto il fondo rustico, il discorso è, in verità, semplice. Il nodo vero, la costruzione ostica, è per ogni giurista di diritto comune l'usufrutto, anche per Baldo, il quale sembra, su questo punto, limitarsi a sviluppare la traccia ferma segnata dal suo maestro. La premessa è, come per Bartolo, la creazione di un *dominium* generico, che valga da contenitore onnicomprensivo; è il modo per restare formalmente in pace con le fonti romane:

"Quoddam est dominium, quod dicitur proprietas, et istud est dominium directum. Quoddam est dominium, quod dicitur utile dominium, et istud non est proprie proprietas, sed interdum est sub proprietate, idest subalternatur, ut est dominium hypothecae, interdum contrariatur, ut dominium praescribentis. Tertio modo dicitur dominium adhuc magis distensive, ut dominium ususfructus et dominium cuiuslibet servitutis. Item habentes preminentiam in subditos appellantur domini et hoc vocabulum in libello prolatum secundum qualitatem personae debet intelligi" (67).

Dominium non è soltanto quello diretto e quello utile (nelle due forme consuete (68)), ma anche l'appartenenza di un semplice diritto

---

qualitates prediorum et iurisdictio videtur esse quaedam qualitas territorii... et quod ista iura sint qualitates bonorum et non sint bona videtur probari in l.I. de usufructu legato". È da notare — sia pure di sfuggita, perché non attiene al nostro obbietto — che qui la *iurisdictio* è vista in modo sensibilmente diverso dal testo citato alla nota 63, dove essa era sorpresa come *modus dominandi* da contrapporsi al *modus essendi* delle servitù.

(65) Vedi la citazione della nota 64.

(66) Ad auth. Et qui iurat, C. de bonis authoritate iudicis possidendis, n. 29 (C. 7,72), in BALDI UBALDI perusini *In VII. VIII. IX. X. et XI. Codicis libros commentaria* cit.: "servitutes praediorum sunt quaedam accidentia, quae non praesumuntur" (la regola è la libertà del fondo, che si presume sempre libero).

(67) Ad l. Proprietatis, C. de probationibus, n. 1 (C. 4,19,4), in BALDI UBALDI perusini *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577.

(68) Cioè del 'dominium quod subalternatur directo' — com'è nel caso dell'enfiteusi, della superficie, del contratto feudale, e via dicendo — e del 'dominium quod contrariatur directo' — com'è nel caso della prescrizione. Complessa teoria dei maestri

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di passaggio, ma anche la generica situazione di superiorità dell'investito del potere politico. A tutta prima, da questo testo si potrebbero trarre la conclusione di una visione accomunante. Si tratta invece soltanto della stessa operazione di Bartolo: un'operazione di allargamento della nozione generica di *dominium* fino a sfiancarla e deformarla, fino a far sì che dentro confini tanto ampii possano essere ospitate realtà strutturalmente diverse; e strutturalmente diversa è la proprietà d'un bene rispetto alla superiorità politica.

Si legga strettamente unito al precedente questo commento sul topos usuale della rubrica 'de usufructu' del *Codex*, e se ne avrà una immediata riprova:

"Glossa continuat rubricam ad praecedentia hoc modo: dictum est supra de dominio rerum corporalium, sequebatur videre de dominio rerum incorporalium, id est de dominio ususfructus et servitutum personalium, et ideo ponitur rubrica sequens de servitutibus et aqua. Advertatis. Estne vera ista opinio quod in usufructu sit dare dominium? Glossa quod sic. Sed istud videtur oppositum in subiecto, quia ususfructus et dominium sunt opposita ... et hoc apparet ex diffinitione ususfructus... Responde quod Glossa bene dicit: nam aut loquitur de dominio rei et istud penes usufructuarium esse non potest, quia formaliter distinguuntur, aut loquitur de dominio ipsius iuris ususfructus, tunc dico quod usufructuarius habet sui iuris dominium... Quod apparet, quia in rem actio datur usufructuario, quae non datur nisi domino... et nota quod ista actio appellatur confessoria. Quid ergo dicemus in dominio aliorum iurium incorporalium, in dominio iurisdictionis, in iure praesentandi quod competit patrono ecclesiae et similibus? Responde: ista non sunt proprie servitutes, quia non habent ex opposito contrariam proprietatem a qua formaliter distinguantur, sed sunt quasi servitutes sive ad similitudinem servitutum, et ideo competit quasi confessoria" ([69]).

La dottrina oltremontana dell'usufrutto come *oppositum in subiecto* del *dominium* ([70]), ripresa e codificata da Bartolo, trova qui

---

del diritto comune, su cui non è il caso di dilungarsi qui, ché sarebbe un fuor d'opera. Rinviamo a quanto ne abbiamo scritto nel nostro 'corso' su *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* cit., p. 188 ss.

([69]) Ad rubricam C. de usufructu, n. 1 (C. 3,33), in BALDI UBALDI perusini *In primum, secondum et tertium Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577.

([70]) Si riaffermano invece ambiguità di non poco conto intorno alla nozione di 'iurisdictio', la quale è qui — come altrove (vedi sopra, nota 64) — sorpresa in un modo diverso da come Baldo l'aveva còlta nel testo del commento alle Decretali, da cui abbiam

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recezione piena. Come per Bartolo, la composizione si verifica soltanto in quel *dominium* generico dove trovano ospitalità sia i *dominia rei* che i *dominia iuris*, ma il solco sostanziale fra questi e quelli è netto.

Sia consentito di aggiungere un altro testo, che sottolinea la divisione di indole logica fra le due situazioni, tutte e due soltanto genericamente dominative; è particolarmente illuminante perché in esso il giureconsulto si pone (e risolve) un problema di natura affatto pratica, cioè il confezionamento di un *libellum litis* condizionato nella sua validità o invalidità dall'uso sottile di un vocabolario tecnico. Astruserie d'uno scolastico o sofismi d'un leguleio, agli occhi incolti di un non-giurista; agli occhi del giurista, invece, invenzioni e costruzioni dalla portata squisitamente ordinante, dove il vocabolario è un complesso non innocuo di segni muniti di valore definitorio proprio per il rinvio che fanno a precedenti scelte teoretiche:

"Si quis diceret rem ad se pertinere iure dominii et non probaret de dominio rei sed de dominio usufructus, succumberet... intelligitur nam intentasse causam proprietatis, non causam usufructus nec confessoriam. Aut nomen domini non profertur absolute sed respectu alicuius iuris quod subalternatur proprietati, tunc bene dico quod potest verificari de iure inferiori in proprietatem, unde si in libello diceret usufructuarius sic: dico hanc rem ad me pertinere quia sum dominus usufructus istius rei, bene procederet iste libellus quia concluderet in confessoria ut hic. Nam recte unusquisque appellat se dominum in re sua" ([71]).

L'usufruttuario è *dominus*, ma "dominus iuris sui, non dominus fundi" ([72]); egli "non continetur appellatione domini" "licet dicamus quod usufructuarius habeat dominium usufructus formalis" ([73]). Se l'usufruttuario non vorrà vedersi respinto il suo libello come improponibile, dovrà specificare a quale oggetto — il bene incorporale diritto di usufrutto — egli intende restringere la sua situazione

---

preso le mosse. Questo complicarsi della visione baldesca della 'iurisdictio' nulla toglie, almeno per il profilo che qui ci interessa, alla straordinaria efficacia del commento al cap. Uno delegatorum.

([71]) Ad l. Qui usumfructum, ff. si ususfructus petatur, n. 1 (D. 7,1,36), in BALDI UBALDI perusini *In VII. VIII. IX. X. et XI. Codicis libros commentaria* cit.

([72]) Additio ad l. Qui usumfructum, ff. si ususfructus petatur (D. 7,1,36), *ibidem*.

([73]) Ad l. Cum aliter §. qui servum, ff. de senatusconsulto Syllaniano (D. 29,5,1,2), in BALDI UBALDI perusini *In I. et II. Infortiati partem commentaria*, Venetiis, 1577.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dominativa; che è confinata in confini strettissimi e che non è suscettibile di estensione se non indebitamente. Il "nomen dominii simpliciter prolatum" può significare non solo la proprietà ma anche la nuda proprietà, ma anche la proprietà parziale, ma anche il dominio utile, non l'usufrutto ([74]), ed è per questo che l'enfiteuta, a differenza dell'usufruttuario, può dichiararsi legittimamente *dominus rei* ([75]).

Restano due punti problematici da risolvere: come se la cava Baldo con il riferimento dei testi romani alla *pars dominii*? E come se la cava il Baldo feudista, l'autore del più teoricamente elevato commento agli *Usus feudorum*, con quel riferimento — emergente dalla definizione obertiana collocata appunto negli *Usi* — al feudo come usufrutto e non come dominio utile ([76])?

Sul primo punto il giureconsulto perugino opera soltanto alcune variazioni rispetto alla messa a punto bartoliana. Per l'usufrutto si potrà parlare di *pars dominii* in un duplice senso: *pars integralis*, se si ha riguardo all'usufrutto causale e alla realtà composita del *dominium plenum*, *pars* come pareti, tetto, cemento sono parti di quel *to-*

([74]) Ecco un testo baldesco ben articolato: "Nomen dominii simpliciter prolatum verificatur etiam in nuda proprietate et sic est argumentum quod si agens rei vendicatione proponit simpliciter se dominum et non probat nisi de proprietate, quod tamen debet obtinere... Secus si non probat de proprietate, sed de usufructu formali, quia tunc pronunciaretur contra eum ratione ineptae actionis... Quod si quis in libello dicit simpliciter rem suam et probat de parte dominii non de toto, quod debet obtinere in ea parte de qua probat. Quaero: numquid hoc sit verum si probat utile dominium, non de directo? Respondeo: si est tale utile dominium quod praefertur directo, sufficit de hoc probasse... Si autem est tale utile dominium quod subalternatur directo, sicut est dominium emphyteutae, et tunc subdistinguo: aut agens dixit se proprietarium, aut simpliciter dixit se dominum. Si dixit se proprietarium, succumbit, quia non est reperire proprietatem nisi directam... Si autem dixit se simpliciter dominum, licet de stricta significatione referatur ad directum... dico quod vincit..." (ad l. Si testamento, ff. de conditionibus institutionum, n. 1 (D. 28,7,2), in *loc. ult. cit.*

([75]) "si aliquis dicit in libello sic: Ego emphyteuta peto me dominum declarari, non propterea libellus est ineptus, quia intelligitur de tali dominio quod possit cadere in persona emphyteutae secundum Guid[onem] de Suza[ria]" (ad l. Sed et si possessori, ff. de jurejurando (lect. ant.) (D. 12,2,11), in BALDI UBALDI perusini *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, Venetiis, 1577.

([76]) Il riferimento più puntuale è in LIBRI FEUDORUM 2,23 (tit. In quibus causis feudum amittatur, cap. Ubertus de Orto): "beneficium illud, quod ex benevolentia ita datur alicui, ut proprietas quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remaneat, usufructus vero illius rei ita ad accipientes transeat, ut ad eum haeredesque suos masculos sive foeminas (si de his nominatim dictum sit) in perpetuum pertineat".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tum integrale che è la *domus* (77); *pars praedicamentalis*, se si ha riguardo all'usufrutto come servitù, come *dominium iuris ususfructus*, e a una categoria di dominio assunta genericamente: "dominium in genere habet plures species scilicet dominium proprietatis et dominium usufructus, sed constat quod omnis species est pars praedicamentalis sui generis", con la precisazione chiarificatrice che si tratta di una 'pars discreta a modo proprietatis', una *pars* intesa 'improprie et similitudinarie' (78), e ripetendo così una vecchia verità della Glossa: 'casus similis appellatur pars' (79).

È questa la conclusione cui ci sembra di poter pervenire dalla lettura congiunta dei commenti alle ll. Usufructus in multis e Usufructus e alla l. In rem actio, testi — i primi due — frettolosi, che risentono probabilmente dell'opera di più mani e che poco hanno a che spartire con il limpido modo bartoliano di affrontare il difficile problema. Qui tutto è complicato dall'aver Baldo sostituito alla chiara contrapposizione di Bartolo *dominium rei/dominium iuris* la contrapposizione assai più equivoca *dominium proprietatis/ dominium usufructus*; e questo perché *proprietas*, nel significato che normalmente ha presso i Dottori, è il termine che qualifica la nuda proprietà e il dominio diretto (in passi citatissimi dal tardo commento Baldo stesso dirà che "non est reperire proprietatem nisi directam" (80) e che "proprietas non obliquatur" (81). Con questo significato il passo baldesco non ha più senso: perché rispetto al *dominium in genere* non è l'usufrutto causale in gioco ma l'usufrutto formale come *dominium iuris*; perché, anche se si volesse intendere, *contra litteram*, il *dominium in genere* come *dominium plenum*, il rapporto all'interno di questo fra *proprietas* e *usufructus* è quello

(77) Ad l. In rem actio §. si quis rei, ff. de rei vendicatione, n. 1 (D. 6,1,23,2): "praemitte quod totum et pars dicitur tribus modis. Uno modo dicitur pars subiectiva, de qua totum tanquam genus praedicatur ut homo de Petro et Martino... et sic praedicatur grex et populus de corporibus in unum collectis... Secundo modo pars integralis et totum integrale, sicut est dominium cuius partes sunt proprietas et usufructus causalis... item domus, parietes, tectum, cementa et horrea... Tertio modo dicitur pars quotitativa, ut dimidia, tertia, quarta... Ista sunt verba domini mei Bartoli...", in Baldi Ubaldi perusini *In primam Digesti Veteris partem commentaria*, Venetiis, 1577.

(78) Ad l. Usufructus in multis, ff. de usufructu (D. 7,1,4), *ibidem*.

(79) Ad l. Usufructus, ff. de usufructu, n. 3 (D. 7,1,5), *ibidem*.

(80) Ad l. Si testamento, ff. de conditionibus institutionum, n. 1 (D. 28,7,2).

(81) Ad l. Cum res, C. de probationibus, n. 20 (C. 4,19,12), in Baldi Ubaldi perusini *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della parte integrale al tutto integrale e non della parte predicamentale al predicato. Ecco perché il discorso baldesco non può essere interpretato che come una variazione verbale di quello bartoliano, assumendo *proprietas* quale appartenenza in senso proprio, *dominium rei*, com'è talvolta nell'uso dello stesso giurista.

Per quanto qui ci interessa è da segnalare la *discretio a modo proprietatis*, cioè la divaricazione concettuale di fondo del *modus servitutis*; il che consentirà a Baldo di salvare l'unitarietà della *servitus* come schema generale comprensivo di servitù prediali e personali. Baldo non nasconde il suo bisogno di rifletterci sopra, perché sente che il riferimento alla *pars dominii* rischia di incrinare la categoria separando in modo fondamentale *iura praediorum* ed *ususfructus*, ed è per questo che lo sorprendiamo — lui sempre attentissimo all'inquadramento dogmatico dei varii assetti dell'esperienza — a guardare contro-luce la categoria unitaria in rapporto, e all'essenza del fenomeno servitù, e alle indubitabili diversità che si constatano nel suo seno. Ecco un testo pregevole per il suo angolo d'osservazione sistematico:

"Nota distinctionem inter usumfructum et ceteras servitutes et dic quod omnes servitutes in hoc conveniunt quod non compatiuntur se cum proprietate, unde etiam ususfructus respectu suae formae et diffinitionis quam habet per se, contrariatur proprietati, sed respectu emolumenti dicitur pars eius. Reliqua vero servitus simpliciter opponitur proprietati et ita nullo respectu sunt partes" [82].

Mai, *nullo respectu*, la servitù prediale è da ritenersi *pars dominii*. L'usufrutto-servitù *contrariatur proprietati* alla stessa stregua di un diritto di passo o di acquedotto. A questi assetti giuridici potrà convenire l'innocua qualificazione nominale di parti predicamentali del dominio e nulla più. Sarà, se mai, quello strano usufrutto ben riposto nella nicchia del dominio come *emolumentum* a comportarsi quale *pars dominii*, ma sarà, anche in questo caso, come parte integrale, una parte estranea alla natura del tutto. Baldo, che ha applicato con sollievo alla complessa, bifronte figura dell'usufrutto del diritto comune le invenzioni sistematiche di Bartolo, può starsene tranquillo. La categoria resta unitaria malgrado le diversità, e il

[82] Ad l. Cum filius §. dominus, ff. de legatis secundo (D. 31,76,2), in BALDI UBALDI perusini *In I. et II. Infortiati partem commentaria* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problema della *pars dominii* è soddisfacentemente esorcizzato. Anzi, vi si potrà ricorrere senza troppi rischi di costruzione giuridica antinomica: l'usufruttuario è soltanto, per quel godimento totale della cosa nelle sue mani, maledettamente simile al *dominus*.

Sul secondo punto, Baldo non ha dubbi, e, commentando la definizione obertiana, afferma recisamente:

"Nomen ususfructus ponitur hic pro utili dominio, licet quidam dixerint quod utile dominium nihil est sed est quaedam chymera, ususfructus autem est ille qui aliquid est. Sed isti nesciunt quid dicant" ([83]).

Nel proemio agli *Usi* aveva subito voluto accennare al punto scottante, cioè a quell'immagine della chimera che sembrava ridicolizzare e vanificare tutta la costruzione 'magistrale' dei dottori, ed aveva — forse più che altrove —, usando lo stesso tono perentorio, chiarito il discrimine fra i due assetti giuridici:

"Quidam tamen dicunt quod utile dominium est chymera dicentes quod utile dominium non est aliud quam ipsa utilitas sine proprietate consistens nec est quid distinctum ab usufructu perpetuo et transmissibili. Sed isti nesciunt quid dicant, quia proprietas est dominium superius, cuius inventio est de iure gentium. Utile vero dominium est dominium inferius quod subalternatur directo, ut in feudo vel emphyteusi, vel quod contrariatur directo, ut in dominio praescripto, quia praescriptiones sunt de iure positivo et dominia sunt de iure gentium. Ideo per praescriptionem longi vel longissimi temporis dominium directum non usurpatur, sed quaedam qualitas dominii in esse producitur, quae appellatur utile dominium" ([84]).

Lasciamo da parte il complicato intreccio fra strumenti di diritto positivo e di diritto delle genti — nonché il conflitto fra piani giuridici diversi — che l'incontro fra *dominium* e prescrizione provoca, e limitiamoci a ciò che ora ci preme: il dominio utile, ogni dominio utile, non ha nulla a che spartire con l'usufrutto (salvo le similiglianze, cui prima accennavamo) per l'elementare verità che è *qualitas dominii*. Si badi: non *qualitas fundi*, ma *qualitas dominii*. Si badi: *in esse producitur*, cioè si produce in capo all'enfiteuta o al prescrivente come un *quid* che attiene alla sostanza della cosa.

Certo, il dominio utile è una strana creatura, e non si può dire

([83]) In quibus causis feudum amittatur. In primis, nn. 3-4, in BALDI UBALDI perusini *In usus feudorum commentaria*, Lugduni, 1552.

([84]) Prooemium §. Tractatus, n. 24, in *loc. ult. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che Baldo, come in genere tutti i maestri del diritto comune, non sia assalito da perplessità, ma queste vengono sempre fugate dalla riaffermazione del carattere intimamente dominativo di esso: nella l. Si tibi homo §. fin. del libro primo 'de legatis' (D. 30,86,4) si qualifica come *servitus* la superficie, che nella tradizione scolastica della Glossa e del Commento incarna una tipica situazione di dominio utile. Baldo non ne riceve scosso e incrinato il carattere dominativo, ma, pensando ai due *dominia utilia* costruiti dai Dottori — quello subalterno al diretto e quello che lo contrasta — ne prende soltanto spunto per applicarvi le aggettivazioni escogitate per distinguere l'usufrutto formale e causale: sarà dominio formale quello dell'enfiteuta e del superficiario che costituisce una forma dominativa che si affranca, staccata ed autonoma, dal grembo del *dominium plenum* così come lo *ius ususfructus*; sarà dominio causale quello del prescrivente perché sottrae al primo la causa del dominio e vi si sostituisce ([85]). L'importante è però che le due situazioni restano *dominia rei*.

Il dominio utile è soltanto un dominio 'sub diversa consideratione' rispetto al diretto, diverso ma autonomo, anch'esso 'suo fine constans' come il dominio diretto ([86]), due sfere giuridiche autonome nascenti da due dimensioni ontiche della *res*. Tanto autonoma è la situazione dell'utilista che "in suo utili dominio praefertur dominio directo" ([87]). Tanto specificamente e non genericamente dominativa è, che viene presidiata dalla revindica e non dall'azione con-

---

([85]) "Adverte: lex quandoque vocat utile dominium servitutem, ut ff. de legatis primo, l. Si tibi homo §. fi., sed ibi loquitur in utili dominio temporali vel subalterno ipsi proprietati, ut in dominio emphyteutae. Non autem loquitur in dominio quod praefertur proprietati ut in dominio praescribentis, unde possumus loqui per similitudinem quod dominium emphyteutae sit dominium formale, sed dominium praescribentis sit dominium causale" (ad l. Traditionibus, C. de pactis, n. 7 (C. 2,3,20), in BALDI UBALDI perusini *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577.

([86]) Esemplare il commento ad l. In rebus, C. de iure dotium, n. 17 (C. 5,12,30): "quod autem dictum est supra de concursu iurium indivisibilium apud plures in solidum, non habet locum in proprietate vel dominio eiusdem considerationis et speciei, sed sub diversa consideratione — puta sunt duo dominia, quorum unum est sub altero, ut emphyteuticum sub proprio —, ista bene possunt concurrere in solidum, quia ibi nulla est incompassibilitas respectu finis, cum unum habeat dominium directum suo fine constans, alter utile", in BALDI UBALDI perusini *In quartum et quintum Codicis libros commentaria* cit.

([87]) In tit. Insti. de actionibus §. sed istae, nn. 3-4, in BALDI UBALDI perusini... *Praelectiones in quatuor Institutionum libros*, Venetiis, 1615.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fessoria ([88]). Se il "verbum dominii significat dominium directum" ([89]), se il dominio diretto è "dominium in potiori significato" ([90]) — che sono tributi 'romanistici' diventati formule di stile nel tessuto della pagina d'ogni giurista di diritto comune —, l'enfiteuta e tutta una serie di concessionarii assimilati sono riconosciuti *domini* nominalmente ed effettivamente ([91]), si consente loro di autoqualificarsi legittimamente *domini* negli atti processuali ([92]), e, anche se si afferma che "qui habet utile dominium non est simpliciter dominus et qui habet proprietatem est maior et superior dominus eo "([93]), pure si ammette placidamente, senza batter ciglio — dall'osservatorio effettualistico da cui in genere si guarda gli assetti giuridici — che i due dominii "parum differunt in substantia" ([94]).

([88]) Un testo netto è nel commento al titolo De capitulis Corradi, v. Praeterea, n. 2, in BALDI perusini *In usus feudorum commentaria* cit.: "in ista etiam glossa disputatur utrum feudatarius habeat utile dominium et pro firma conclusione tenendum est quod sic. Unde in libello potest dicere rem ad se iure dominii pertinere et hoc probat urgens disputatio. Nam si non habet utile dominium, non haberet rei vendicationem sed confessoriam quae pro servitute usufructus datur, quod falsum et ab omnibus reprobatum".

([89]) Affermazione usuale, anche se nominalistica. Per un esempio, cfr. il commento a un *locus* attrattivo: ad l. Agri civitatum §. qui in perpetuum, ff. si ager vectigalis, n. 1 (D. 6,3,1,1), in BALDI UBALDI perusini *In primam Digesti Veteris partem commentaria* cit.

([90]) Altra affermazione usuale. Per un esempio, cfr. in titulum Insti. de jure naturali et gentium §. Ius naturale, n. 14 (INSTI. 1,2, pri.), in BALDI UBALDI perusini *Praelectiones in quatuor Institutionum libros* cit.

([91]) Esemplare il testo citato alla nota 89, in cui Baldo ripete un ritornello, che era già nella Glossa: il frammento di Paolo, negando al concessionario di un 'ager vectigalis' il *dominium* ("quamvis non efficiantur domini"), poiché *dominium* nella sua accezione generica significa dominio diretto, gli nega soltanto quest'ultimo. "Utile enim dominium habet, ut in l. Possessores, C. de fundis patrimonialibus" — conclude Baldo attestandosi dietro l'unica sparuta fonte del *Codex* dove si qualificano, in una tarda costituzione imperiale del secolo quinto, *domini* gli enfiteuti e portando avanti un sillogismo dalla assiomatica premessa maggiore.

([92]) Afferma Baldo nel testo citato alla nota 90, utilizzando il consueto procedimento dialettico di affermazione di due verità contrarie: "dominium in potiori significato debet intelligi de directo", pertanto chi ha proposto il *dominium* nel libello e prova soltanto il suo dominio utile, deve soccombere. "Haec tamen opinio non est vera".

([93]) Al l. Hoc amplius §. quaesitum est, ff. de damno infecto, n. 2 (D. 39,2,9,4). Altrove i Dottori dicono che il dominio utile è un 'dominium secundum quid', un *dominium* incarnato, non puro e semplice come il diretto.

([94]) Ad l. Precibus, C. de impuberum et aliis substitutionibus, n. 50 (C. 6,26,8), in BALDI UBALDI perusini *In sextum Codicis librum commentaria*, Venetiis, 1577: "dominium non solum est directum sed utile, et parum differunt in substantia, ut ff. quod

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Può ora essere opportuno e chiarificante scendere dalle proposizioni teoretiche e calare nella disciplina differenziata che ordina diversamente *dominia* e *servitutes*. Baldo, nel suo arioso commentare, è estremamente largo di precisazioni. Annotiamole brevemente:

a) uno dei motivi per cui non è prevista una *possessio* ma soltanto una *quasi possessio* per le servitù è la eteronomia che le contraddistingue: a differenza del *dominium*, che trova in se stesso la forza per una perfetta autonomia, "in servitutibus intervenit patientia" ([95]);

b) gli utilisti possono costituire validamente servitù sul fondo in forza della loro situazione dominativa; anche gli enfiteuti, anche i vassalli, i quali tutti hanno "dominium utile seu dominii effectum"; solo che la servitù da essi costituita non avrà durata perpetua, ma durerà quanto dura il rapporto enfiteutico e feudale ([96]);

---

cum eo [qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur], l. Si filius §. 1". Che l'angolo d'osservazione sia squisitamente effettualistico, lo dimostra la l. Si filius, cioè D. 14,5,5,1, che recita: "Si filio exheredato ex senatus consulto Trebelliano hereditas patris restituta sit, non debebit in quantum facere potest, sed in solidum condemnari, *quia effectu quodammodo haeres est*" [il corsivo è ovviamente nostro]. Il dominio utile è, come abbiamo altrove dimostrato (cfr. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* cit., p. 188 ss.), 'dominium in effectu'. Un limpido esempio di una pari disciplina sostanziale è questo commento in auth. In successione, C. de suis et legitimis, n. 7 (C. 6,55): "Haec est natura dominii, tam utilis quam directi, quod nuda renunciatione non tollitur, nisi alter acquiratur", in *loc. ult. cit.*

([95]) "quaero quare servitutes quasi possideantur, non dominia? Responde: annuae praestationes quasi possidentur, quia intervenit factum adversarii sicut in servitutibus intervenit patientia, sed dominium non consistit in facto adversarii et satis habet lex quod res ratione dominii possidetur" (ad l. Si de proprietate, C. si a non competenti iudice iudicatum esse dicatur, n. 9 (C. 7,48,3), in Baldi Ubaldi perusini *In VII. VIII. IX. X. et XI. libros Codicis commentaria* cit.)

([96]) Ad l. Et in provinciali, C. de servitutibus et aqua, nn. 3-4 (C. 3,34,3). Il problema è se i 'provinciales' possono costituire servitù sui *praedia tributaria*. Ecco il ragionamento di Baldo: "Quaero hic quae erat ratio dubitationis huius legis. Responde: quia provinciales non sunt domini... nam praedia tributaria sunt iuris et proprietatis fisci, unde videbatur quod non possit imponi eis servitus per privatam personam, sed contrarium est verum quia illa privata persona habet utile dominium seu dominii effectum, et ideo potest imponere servitutem. Item hoc quaero: numquid emphyteuta in re, quam habet in emphyteusim, possit constituere servitutem? Et videtur quod sic... In contrarium videtur quod emphyteuta non potest alienare sine consensu domini..., sed, ubi prohibetur alienatio, prohibetur servitutis imposito... Item quia emphyteuta non habet proprietatem... Solutio: dic quod potest, sed durabit servitus tantum durante emphyteusi, postea non... Et ita habeo in vasallo, qui constituit servitutem in feudo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

c) "ratione utilis dominii" superficiarii, enfiteuti, feudatari possono *proprio nomine* fare denuncia di nuova opera (97);

d) l'usufruttuario fa suoi i frutti del fondo mediante la percezione, il *dominus utilis* — come ogni *dominus* — nello stesso istante della separazione (98). Può essere proficuo attardarsi un momento, per capire i motivi della distinzione, su una riflessione di Baldo che colpisce nel segno e illumina limpidamente la diversità di regime:

"In fructuario requiritur separatio eius nomine... et ideo si non sunt separarati ab homine sed casu, ut quia ceciderunt olivae vel poma vi ventorum, non pertinent ista ad fructuarium... In bonae fidei possessore, qui possidet domini cogitatione, sufficit sola separatio a quocumque vel etiam per casum... Usufructuarius adminiculum facti desiderat... habet solam naturalem [possessionem], quae non est potens ex se sine alio adminiculo ad fructuum acquisitionem; requiritur ergo quoddam adminiculum adeptionis possessionis fructuum per separationem eorum eius nomine... Sufficeret etiam adminiculum utilis dominii in emphyteuta, quia naturalis possessio causata a dominio sufficit bene ad acquisitionem fructuum" (99).

Nam valet constitutio" (in BALDI UBALDI perusini *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria* cit.).

(97) Ad l. In provinciali §. si ego, ff. de operis novi nunciatione, n. 1 (D. 39,1,3,3): "Superficiarius ratione utilis dominii potest proprio nomine nunciare novum opus. Quidam sunt superficiarii, quidam emphyteutici, quidam feudatarii et omnes isti habent ius nunciandi novum opus. Superficiarius est qui emit utile dominium et nil praestat annuum, sed si praestat aliquid annuum vel menstruum est emphyteusis, sed si praestat aliquod servitium rei concessae correspondens est feudatarius. Si autem ego praesto aliquod tributum per legem impositum, ego sum tributarius" (BALDI UBALDI perusini *In primam Digesti Novi partem commentaria* cit.). Al n. 3 Baldo tiene a precisare: "nota utile dominium habentes loco domini censeri, non loco inquilinorum vel colonorum". Il passo contenuto nel n. 1 è rilevante anche sotto altro profilo, e ci permettiamo sottolinearlo al lettore, pur se non attiene direttamente al nostro tema: è degno di considerazione l'atteggiamento del giurista ad accomunare e quasi a fondere istituti che la prassi altomedievale e anche la scienza del primo rinascimento giuridico aveva separato come strutture tipiche fondate su cause tipiche. All'epoca di Baldo — il tardo Trecento — le linee specifiche delle singole costruzioni tecniche si sono assai attenuate e spingono il giureconsulto a confondere e fondere.

(98) Ad l. Cum res, C. de probationibus, n. 13 (C. 4,19,12): "aliter acquirit qui putat se dominum, aliter usufructuarius, qui usufructu parit acquisitionem, dum est in actu fruitionis, non in habitu sive in facultate quadam" (in BALDI UBALDI perusini *In quartum et quintum Codicis libros commentaria* cit.).

(99) Ad l. Si usufructuarius, ff. quibus modis ususfructus amittatur (D. 7,4,13), in BALDI UBALDI perusini *In primam Digesti Veteris partem commentaria* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Illuminante la comparazione che viene fatta proprio tra usufruttuario ed enfiteuta: il primo ha bisogno della *adeptio*, cioè della percezione dei frutti operata per mano dell'uomo — sia essa la sua mano personale o quella di un suo rappresentante —, perché la *naturalis possessio* che gli è propria non ha una sufficiente forza intrinseca ed occorre un elemento additivo — un *adminiculum* — consistente nel fatto dell'uomo; il secondo non ne ha bisogno e fa suoi i frutti nel momento della separazione, quindi anche quelli separati da eventi naturali, perché la sua *possessio* — che è *naturalis* come quella dell'usufruttuario — trova un *adminiculum* sufficiente nel provenire e motivarsi da un dominio utile, cioè da una situazione munita di rilevante autonomia dominativa;

e) per usucapire e prescrivere il *dominium plenum* o il *dominium directum* è necessaria la *possessio civilis*; la *possessio naturalis* è sufficiente, o "ad praescribendum ius infra dominium", o "ad praescribendum dominium recognoscendo alium in dominum" come è nella serie di dominii utili nascenti da concessioni fondiarie. Come esempio della prima fattispecie Baldo cita espressamente l'usufrutto, della seconda cita l'enfiteusi. La conclusione che ci preme è che, mentre il dominio utile appartiene al livello superiore delle situazioni veramente dominative, l'usufrutto si situa nella coscienza del giurista a un livello che è nettamente inferiore ([100]);

f) il fisco, per privilegio suo proprio, può validamente vendere la cosa comune "cum partis dominus esset". *Quid iuris* — si domanda Baldo — se il fisco ha il solo usufrutto? Gli è consentito, anche in questo caso, di vendere, potendosi considerare l'usufrutto una *pars dominii*? Ecco il commento baldesco:

"Quid si fiscus habet solum usumfructum? An tanquam habens

([100]) Ad l. Si ut certo §. si duobus, ff. commodati, n. 3 (D. 13,6,5,15): "Sed adverte, quia illud quod dixi quod naturalis possessio non sufficit ad praescriptionem, est verum ad praescribendum dominium, sed bene sufficeret ad praescribendum ius infra dominium. Nam usufructuarius potest praescribere usumfructum... Item adverte quod naturalis possessio sufficeret etiam ad praescribendum dominium si praescribens recognosceret alium in dominum et praescriptio non tenderet ad perimendum verum dominium domini. Pone exemplum: ille qui possidet tanquam emphyteuta et sic naturaliter tantum... potest praescribere emphyteusim... et sic acquirit utile dominium..." (BALDI UBALDI perusini *In secundam Digesti Veteris partem commentaria* cit.). Il *dominium directum* è riconosciuto formalmente *verum dominium*, ma il *dominium utile* è riconosciuto *dominium* e non *ius infra dominium* come l'usufrutto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rem communem vendet proprietatem? Videtur quod sic, quia usufructus est pars dominii. Nam omne quod separatur ab alio pars eius est, quia deciditur ab ipso contractu... Dico quod non, quia natura usufructus est quod alienando proprietatem finiatur... et ideo contra naturam esset si proprietas accederet usufructui. item in usu multo magis; licet enim de corpore pleni dominii derivetur, cum non habet naturam proprietatis sed est quaedam forma corruptibilis et de facili revertibilis ad proprietatem tanquam ad materiam. De aliis servitutibus non est dubium, quia portionis instar non obtinent" ([101]).

Rispetto al pieno dominio, nuda proprietà e usufrutto causale ne sono parti in senso 'integrale' come le travi e i muri son parti della casa; e appaiono parti del tutto specialmente nel momento in cui si separano dal tutto e assumono una 'forma' separata e autonoma propria. Ma non è questo un argomento su cui puntare. Ce n'è uno più sostanziale, ed è la fragilità dell'usufrutto, il suo essere condizionato dalle vicende della *proprietas*. Innaturale sarebbe una soluzione che ancorasse la struttura più forte a quella più fragile. Ci sembra che un po' di quello che Baldo dice, quasi con spregio, dell'altra servitù personale, l'uso, si riverberi anche sull'usufrutto. E una consapevolezza generale affiora: quella della debolezza costruttiva di tutte le servitù personali. Per quelle prediali il problema non si pone neanche, giacché esse sono insuscettibili di essere incasellate nello schema della *portio dominii*.

'De aliis servitutibus non est dubium, quia portionis instar non obtinent'. Per le servitù prediali il giurista non ha dubbi; segno che qualche dubbio — se non per il diritto d'uso — almeno per l'usufrutto è affiorato alla sua coscienza. Come abbiamo appena accennato, è soprattutto la problematica della *pars dominii* pur brillantemente risolta, che è fonte di tormento per Baldo. La linea interpretativa che domina il suo amplissimo lavoro di commentatore nel diritto civile, canonico e feudale è, a nostro vedere, quella segnata nelle pagine che precedono, e si incarna in una intuizione viva del profondo solco concettuale che separa *dominia* e *servitutes*, tutti i *dominia* e tutte le *servitutes*; con osservazioni di rara acutezza e con un vigore espressivo singolarissimo. Talvolta il generico riferimento all'usufrutto *pars dominii* fa invece quasi balenare l'idea di un nodo

([101]) Ad. l. Multum, C. de communium rerum alienatione, n. 5 (C. 4,52,2), in BALDI UBALDI perusini *In quartum et quintum Codicis libros commentaria* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non sciolto ([102]), anche per quell'indebito mescolarsi nella coscienza del giurista delle nozioni di usufrutto causale e formale, e per quell'indebito travaso che il primo fa di sé — inevitabilmente — nel secondo. Diciamolo pure: è lo stesso travaglio che, nei giuristi più sensibili, emerge a proposito del dominio utile. Sono carboni ardenti su cui il giurista è chiamato a camminare, né si può pretendere che l'andatura sia disinvolta come se si trattasse di istituti scolasticamente codificati dalla tradizione. Questo nostro è invece un terreno squisitamente 'magistrale' dove i Dottori sono impegnati in prima persona con ardite invenzioni di loro conio al di là e anche contro le stesse fonti romane.

L'essenziale per lo storico è individuare una linea portante che impronta l'opera dello scienziato; l'essenziale è la percezione del progetto, il quale, prima di essere tecnico, è culturale o addirittura *lato sensu* politico; l'essenziale è ritrovare e ricomporre le membra sparse del sistema sepolto. Le piccole antinomie, le piccole aporie, i momenti di debolezza non debbono turbare il ricostruttore dal segnare quella linea, quel progetto, quella architettura sistematica, perché sul piano storiografico sta lì il suo dovere primario, perché egli è chiamato a segnare con evidenza l'essenziale senza lasciarsi soffocare dalle maglie del particolare. È, del resto, l'unica cosa che possiamo fare con un minimo di tranquillità e di sicurezza, visto lo stato ancora palafitticolo dei testi su cui si lavora: il loro stato malcerto garantisce validità storiografica unicamente a ricostruzioni che si misurano in ampie intelaiature verificate su una messe il più possibile larga di documenti.

7. La profondamente pensata sistemazione di Bartolo, arricchita dal complesso delle riflessioni di Baldo, rappresenta senza dubbio il momento più alto, cioè più altamente inventivo, nello svolgimento del diritto comune classico.

Dopo, la dottrina quattrocentesca si muoverà dichiaratamente nel solco già segnato. Commentando uno dei *loci* attrattivi delle

([102]) Testi problematici, i quali, a nostro avviso, ci permettono di cogliere un Baldo che sente in modo pressante ma non nitidissimo il principio della *pars dominii* sono i seguenti (e probabilmente non sono i soli): ad titulum Insti. de servitutibus §. praediorum nn. 29-30 (INSTI. 2,3,1): ad l. Si oleum, ff. de dolo malo (additio), n. 9 (D. 4,3,9); ad auth. Litigiosa, C. de litigiosis, n. 2 (C.8,36); ad l. Si de proprietate, C. si a non competenti iudice iudicatum esse dicatur, nn. 1-2 (C. 7,48,3).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dispute in tema di diritti reali, la l. Si quis vi §. Differentia del titolo 'de acquirenda possessione' del Digesto e punto di riferimento della memorabile sistemazione bartoliana, Raffaele Raimondi († 1427) non ha ritegno di dichiarare la sua completa adesione a quel nucleo di pensiero: "Bartolus, sumpta occasione, quaerit quid sit dominium et quotuplex, et bene loquitur et eleganter, cui nil adderem" ([103]). Nella linea di questa adesione formale e sostanziale — anche se non espressa nell'affidamento totale che è nelle parole del Cumano — si muovono *interpretatio* e *practica* dell'intero secolo decimoquinto, limitandosi a discutere — talora sottilmente, più spesso logorroicamente — l'impostazione bartoliana suggerendo variazioni e approfondendo singoli punti. È il panorama che sembra giungere pressoché intatto fino alle riflessioni conclusive di Giason del Maino († 1519).

Scopo delle pagine che seguono non è quello di offrire la particolareggiata descrizione di una analisi dottrinale che, nel suo dettagliato articolarsi, non offre soverchio interesse alla storia del pensiero giuridico, ma piuttosto quello di coglierne arricchimenti e approfondimenti e constatarne le consolidate certezze per percepire la unitarietà che sorregge la grande coralità dottrinale. Proprio per questo, nella consapevolezza che non vi sono rotture nel corso di un martellio secolare, si preferisce, come scelta maggiormente ordinante di un vastissimo materiale, una esposizione per nodi problematici ritenendola coerente a una documentazione abbastanza connotata da staticità, e pertanto storiograficamente corretta.

a) *Dominium, dominium rei, dominium iuris.*

Una riflessione di Angelo degli Ubaldi, il fratello di Baldo, collocabile all'incirca ai primordii del secolo, può servire egregiamente da avviamento al nostro discorso. Un testo paolino dell'Inforziato ha, come spesso accade, una grossa forza evocativa per il giurista medievale, che ne trae spunto — anche se tenuissimo — per agganciarvi il filo del proprio ragionare e dipanarlo poi in sostanziale autonomia. La provocazione testuale sta nella considerazione che il *filiusfami-*

([103]) Ad l. Si quis vi §. differentia, ff. de acquirenda possessione, n. 2, in RAPHAELIS CUMANI... *In eius Pandectarum partis primam quae vulgi censura Digesti Novi appellatione differtur praelectiones...*, Lugduni, 1554. Malgrado questa professione di fede, l'ingegno vivo e libero di Raffaele Raimondi da Como gli consentirà di discutere e analizzare criticamente anche certi assunti di Bartolo; per un esempio, cfr. più sotto alla nota 117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lias è da considerarsi *etiam vivente patre* come un *quodammodo dominus*. Angelo ne prende occasione per un discorso più articolato sulla nozione di *dominium*:

"Et haec littera dicit quod triplex est dominium. Quoddam consistens in puro intellectu, et hoc convenit filiofamilias, quando dominium rerum praesens habet eo vivente; quoddam subsistit in sustentamento, et illud convenit uxori, quae sustentanda est ex re dotali, cuius dominium est viri; quoddam est dominium connexum cum administratione, et illud convenit habenti verum dominium et distinguitur inter utile et directum" ([104]).

Da dove si evince che le situazioni genericamente dominative possono essere molte, ma che uno solo è il *verum dominium*: questo non può consistere né in un semplice sostentamento com'è nel caso della moglie rispetto al patrimonio dotale di cui è titolare il marito, né tanto meno in un rapporto puramente spirituale e morale ([105]), com'è per il figlio durante la vita del padre rispetto alla futura eredità paterna. Il *dominium*, quello autentico, significa un rapporto concreto con la *res*, significa gestione del bene-cosa, come fanno — per diversi rispetti — sia il direttario che l'utilista.

Il testo di Angelo degli Ubaldi è rilevante proprio per questo suo richiamo alla concretezza storica del *dominium* come proprietà: esso rifugge un oggetto puramente intellettuale, ha bisogno invece di far capo ai problemi concreti, effettivi della cosa e della sua gestione. La dottrina post-bartoliana continua il proprio scavo riprendendo la puntualizzazione centrale di Bartolo: il termine e la nozione di *dominium* sono latissimi, e il *dominium in genere* può anche ricomprendere situazioni dominative aventi ad oggetto una cosa incorporale: "vocabulum dominium est latum et cadit in omni iure quod quis habet de quo possit disponere" ([106]); ma si tratterà di una accezione

([104]) Ad l. In suis, ff. de liberis et posthumis, n. 4 (D. 28,2,11), in ANGELI UBALDI perusini... *In primam atque secundam Infortiati partem commentaria...*, Venetiis, 1580.

([105]) Già la GLOSSA aveva (loc. cit. sup.) chiosato la parola 'quodammodo': "et consistit hoc in nudo intellectu et puro", mentre BARTOLO (ibidem, n. 4) aveva sottolineato che quel *dominium filii* "magis est in imaginatione quadam quam in veritate".

([106]) Paolo DI CASTRO, ad l. Proprietatis, C. de probationibus, nn. 1-2 (C. 4,19,4), in Pauli CASTRENSIS *In primam Codicis partem... praelectiones...*, Lugduni, 1548; Giason DEL MAINO, ad l. Traditionibus, C. de pactis, n. 10 (C. 2,3,20), in Iasonis MAYNI *In primam Codicis partem commentaria...*, Venetiis, 1598.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"large tamen loquendo et improprie" ([107]). E, nella capillare casistica interpretativa dei libelli processuali, v'è taluno che, malgrado la sopradetta latitudine nozionale, dichiara invalido quel libello in cui un usufruttuario si proclama non *dominus fundi* ma genericamente *dominus* senza alcuna specificazione, pretendendo rigorosamente,

([107]) Paolo DI CASTRO, ad l. Si quis vi §. differentia, ff. de acquirenda possessione, n. 3 (D. 41,2,17,1), in Pauli CASTRENSIS *In primam Digesti Novi praelectiones...*, Lugduni, 1548. Cfr. anche Martino GARRATI, in rubricam ff. de rei vendicatione, n. 2: "de re corporali dixi ad differentiam improprii dominii, quod competit etiam ad iura incorporalia... nam sumendo dominium improprie comprehenditur etiam usufructus, sed dominium proprie non datur nisi ad corporalia" (in *Repetitio* Martini LAUDENSIS *in rubricam ff. de rei vendicatione*, in *Repetitionum seu commentariorum in varia iurisconsultorum responsa volumen primum*, Lugduni, 1553) e Bartolomeo SOCINI, ad l. Naturaliter §. nihil commune, ff. de acquirenda vel amittenda possessione (additio novissima), nn. 9-10 (D. 41,2,12,1): "dominium enim dupliciter considerari potest, uno modo large, quo casu dominium cadit super omnibus iuribus personalibus et aliis, etiam in obligationibus et sic etiam in incorporalibus... Secundo modo accipitur dominium proprie et stricte pro iure et facultate disponendi de re. In primo casu loquitur Bartolus hic... unde usufructuarius dicitur largo modo habere dominium" (in Bartholomaei SOCINI... *In Digesti Novi ac Codicis rubricas, leges atque §§. omnes in gymnasiis usitatiores commentaria...*, Venetiis, 1588). Ripetitivi della tradizione dottrinale il commento — per altri versi sottile e originale — di Francesco Accolti (cfr. Francisci DE ACCOLTIS DE ARETIO *Commentarii in primam et secundam ff. Novi partem*, Lugduni, 1533, ad l. Naturaliter, §. nihil commune, n. 4 (D. 41,2,12,1) e ad l. Si quis vi §. differentia, n. 5 (D. 41,2,17,1) e la trattazione sistematizzante di Bartolommeo CIPOLLA (cfr. Bartholemaei CAEPOLLAE *Tractatus de servitutibus urbanorum praediorum*, cap. IIII, n. 3, in B.C., *Varii tractatus*, Lugduni, 1552).

È singolare invece come Paolo di Castro, che pure ha chiarissima in testa l'idea di un dominio improprio per i 'dominia iurium', introducendo la rubrica 'de usufructu' del Codice, pur citando espressamente Guillaume de Cunh, sembra vedere un regime di continuità fra il titolo precedente e quelli delle servitù personali e prediali: "sicut in rebus corporalibus est reperire dominium, ita in servitute et iuribus incorporalibus. Nam possum me appellare dominum istius iuris servitutis". Un evidente momento di non-vigilanza sistematica: la riduzione tecnica delle servitù prediali e dell'usufrutto a *dominium iuris* è lo stesso risultato dell'analisi bartoliana; quel che manca è il dato comparativo con il *dominium rei* che, come sappiamo, diventa *oppositio* in Bartolo e, prima ancora, in Guillaume. La separazione è invece segnata, sia pure non con nettezza, da Bartolomeo da Saliceto: "Continua rubricam. Dictum est supra de dominio rerum corporalium, nunc incorporalium, ut est usufructus. Nam usufructus est ius... et idem de servitutibus realibus... Et hoc dominium usufructus quod habet usufructuarius distinguitur a dominio et proprietate rei... Hinc est quod usufructuario competit in rem actio quae confessoria appellatur... et usumfructum per eam vendicare dicitur... unde verum est quod dominium huius iuris penes fructuarium esse dicitur, licet dominium fundi et proprietas sit penes proprietarium" (in rubricam de usu et habitatione, n. I, in Bartholomaei A SALICETO... *In tertium et quartum Codicis libros...*, Venetiis, 1574.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per la validità dell'atto processuale, che non ci si arresti a indicazioni generiche, che possono essere convenienti soltanto per un proprietario del bene, e si specifichi l'oggetto parlando senza ambage di *dominium ususfructus* ([108]).

b) Il problema dell'usufrutto come *pars dominii*.

Un testo di Angelo degli Ubaldi è, anche su questo punto, chiarificatore; ed è un testo particolarmente orientativo e impressivo se lo vediamo ripetuto dalla dottrina per tutto il corso del Quattrocento. Il problema è l'ormai secolare problema dell'usufrutto come *pars dominii*:

"Unum totum consideratur dupliciter. Uno modo prout ipsum totum est quoddam universale continens sub se multas species numero differentes, et illud totum appellatur genus, et tunc quicquid continetur sub illo genere appellatur species, et illa species dicitur pars generis secundum legistas... Hoc ergo modo considerando, dominium prout genus est, et ususfructus et usus et actus et iter quorum habemus dominium... dicuntur pars ipsius dominii et appellantur partes praedicamentales seu subiectivae, quia, cum de dictis iuribus praedicatur ut de specie dominii, immediate praedicatur de ipso genere et continetur sub eo et ideo appellantur subiectivae: subijciuntur enim suo generi... Secundo modo accipitur unum totum prout est compositum et perfectum ex suis partibus cohaerentibus, sicut est domus, et tunc istud totum appellatur integrale et eius partes similiter integrales, quia simul iunctae constituunt unum integrum... et hoc secundo modo accipi potest dominium prout est species. Nam dominium plenum et sic integrum perficitur ex istis duabus partibus simul iunctis, scilicet ex proprietate nuda et usufructu, et tunc ususfructus est pars integralis... Neutro autem istorum modorum accipiendo, ususfructus pars dominii non est..., sed licet non sit pars dominii, eiusdem virtutis et potentiae est quandoque cum dominio... Quinimo neutro dictorum modorum accipiendo, species dicuntur oppositae, et ideo qui producit duo instrumenta eodem die confecta per quorum unum dicit se dominum, per alium fructuarium, succumbit in quolibet tanquam producens scripturas adversas" ([109]).

([108]) "Si dominium proferatur absolute, intellígitur de dominio proprietatis, et ideo si quis diceret talem rem pertinere ad se iure dominii et probaret de usufructu non de dominio proprietatis, succumberet... sed si dominium non proferatur absolute, tunc potest intelligi de usufructu et ideo si quis dixerit in libello rem ad se pertinere ratione dominii ususfructus, quia tunc dominium non profertur absolute, recte agit. Quisque enim recte se dicit dominum respectu sui iuris" (Raphaelis FULGOSII... *In primam Pandectarum partem commentariorum... tomus primus...*, Lugduni, 1554, ad l. Qui usumfructum, ff. si ususfructus petatur, n. 3 (D. 7,6,3).

([109]) Ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. 4 (D. 45,1,58), in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È un testo che ha grossi pregi di lucidità e chiarezza sistematica, che sono indubbiamente i pregi dell'atteggiamento mentale stesso di Angelo. Questo spiega anche la sua fortuna: trascritto financo nel suo preciso frasario, lo ritroviamo non solo nel commentario di Giovanni da Imola († 1436) ([110]), che è allievo affezionato e devoto di Angelo, ma — intatto dopo quasi cento anni di *interpretatio* — in quello di Bartolomeo Socini (1436-1507) ([111]). Non si compie soverchia fatica a riconoscere che la sistemazione bartoliana, con esigue variazioni formali, la fa da padrone. Il messaggio è chiaro: ci sono soltanto due possibilità, su un piano di rigorosa logica giuridica, di considerare l'usufrutto *pars dominii*, l'una è quella di considerarlo *species* di un grande *genus dominium*, l'altra come parte di un tutto. Nel primo caso — quello dell'usufrutto formale, dell'usufrutto in quanto servitù e quindi in quanto *dominium sui iuris servitutis* — è *pars subiectiva* ed ha soltanto il significato di ammettere che, rispetto al genere, *continetur sub eo* come la specie 'uomo' è contenuta nel genere 'animale'; nel secondo — quello dell'usufrutto causale, della *commoditas* sorpresa come realtà autonoma all'interno del dominio pieno — è *pars integralis*, ed ha soltanto il significato di constatare che si tratta di contributo a un tutto che è diverso, come nell'esempio della trave che è parte integrale di quella realtà composita ed eterogenea che è la casa. Queste sono le uniche due possibilità logiche di parlare di *pars dominii*; al di fuori di questi due angoli di osservazione, l'usufrutto rivela anzi il suo carattere di fondamentale estraneità al dominio. Anzi, se guardiamo in comparazione i loro due assetti strutturali, ciascuno di per sé, specie a fronte di specie, prescindendo da più ampii contesti di indole logica, dominio e usufrutto sono degli *opposita*.

'Neutro autem istorum modorum accipiendo, ususfructus pars dominii non est': è questa la frase che resta come un calco nelle pagine più tarde di Giovanni da Imola e di Bartolomeo Socini, e vi resta perché ha un rilevante valore di indole tecnica. Ridotto all'osso, il discorso appare congegnato così: l'usufrutto, sia causale che forma-

---

Angeli UBALDI perusini *In I. atque II. Digesti Novi partem et in tit. de interdictis commentaria...*, Venetiis, 1579.

([110]) Al l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, nn. 2 e 3, in Ioannis DE IMOLA... *In secundam Digesti Novi partem commentaria...*, Venetiis, 1580.

([111]) Ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. I, in Bartholomaei SOCINI... *In Digesti Novi ac Codicis rubricas* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le, non è *dominium* e non ha nulla a che spartire con il *dominium*, che è realtà tecnica qualitativamente diversa, ma, poiché le fonti romane avvertono che in taluni casi l'usufrutto si presenta come *pars dominii*, non è peregrino porsi il problema di come ciò possa avvenire; può avvenire su un piano squisitamente dialettico, non su un piano di costruzione tecnico-giuridica; può avvenire come frutto di un elegante gioco filosofico puramente formale, un esperimento teorico che ha un carattere spiccatamente ludico: culturalmente pregevole, ma estraneo a un tentativo di costruzione giuridica degli istituti.

In un altro passo Angelo, rifacendosi a un pensiero dell'antico glossatore Rogerio e lodandolo, afferma: "secundum Rogerium interpretative est pars dominii non vere, et opinio Rogerii est etiam bona. Habet enim ususfructus similitudinem cum dominio quantum ad commoditatem" ([112]). Se vogliamo, ancora più che in Bartolo, il discorso della *pars dominii* — visto da una duplice angolatura, come contrappunto fra *dominium rei* e *dominium iuris*, fra *dominium* e ogni servitù (e giustamente Angelo non parla soltanto di usufrutto formale e di uso ma anche di servitù prediali come l'*iter* e l'*actus*) e come congiunzione fra nuda proprietà ed usufrutto causale, assume il carattere di esercitazione scolastica, ma è — nella sostanza — depauperato di ogni contenuto giuridicamente efficace ([113]).

Il senso dell'itinerario dottrinale quattrocentesco è nel solco delle precisazioni di Angelo degli Ubaldi. Il principio della diversità strutturale fra *dominium* e *servitus* è un dato indiscusso; problemi continuano a porsi per l'usufrutto a causa del suo carattere di creatura ermafrodita, per il suo manifestarsi perenne negli aspetti di formale e causale, ma gli esercizi dialettici sulla *pars praedicamentalis* e sulla *pars integralis* valgono ad esorcizzarli ([114]). L'ancipità dell'u-

([112]) Ad l. Usufructus, ff. de usufructu, in Angeli DE PERUSIO *Lectura super prima parte Digesti Veteris*, Lugduni, 1548.

([113]) Nel commento citato alla nota precedente Angelo precisa: "accipiendo dominium non pro toto integrali nec pro universali sed pro specie quadam, ususfructus differt a dominio ut species a specie, et ideo verum est quod hoc casu non est pars".

([114]) Testi esemplari sono in Paolo DI CASTRO (ad l. Si quis vi §. differentia, ff. de acquirenda possessione, n. 3, in Pauli CASTRENSIS *In primam Digesti Novi praelectiones* cit., e in Alessandro TARTAGNI, ad l. Si quis vi §. differentia, ff. de acquirenda possessione, nn. 6 e 7, in Alexandri TARTAGNI imolensis... *In I. et II. Digesti Novi partem commentaria...*, Venetiis, 1570. Ma la recezione è generale, né vale la pena di documentarla partitamente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sufrutto è, come per i glossatori e per il primo commento, croce e delizia degli interpreti, e anche fonte di equivoci, ma va detto che si fa non pochi passi innanzi nella strada d'una maggiore consapevolezza della complessità e specificità del fenomeno usufruttuario. Si torna a insistere sulla sua *similitudo cum dominio* per via di quel dato fattuale *commoditas* e dell'azione di *uti frui* che stanno al cuore dell'istituto, ma non si manca di sottolineare che simiglianza vuol dire soprattutto non-identità, vuol dire diversificazione ([115]), e talora si dubita della correttezza della nozione di *pars* applicata allo stesso usufrutto come servitù ([116]).

All'analisi impietosa di un ingegno aguzzo dotato d'una rigorosa logica costruttiva, Raffaele Raimondi, è tutto l'edificio fabbricato con cura dai Dottori ad essere messo sotto accusa proprio per la fragilità di invenzione tecnica. Leggiamolo, ché sarà istruttivo:

"Ususfructus non est pars fundi sed servitus; doctores dicunt quod ususfructus non est pars subiectiva nec pars quota sed integralis. Videte: ista est inepta locutio et licet Bartolus melius dixerit in l. Qui usumfructum. de verborum significatione, tamen dico ad propositum: quatenus est de per se ususfructus et servitus non est pars rei sed potius est ei contraria, et quod dicit l. IIII quod est pars dominii, dic: idest iuris, sed ususfructus iunctus rei non est pars integralis proprie sed est unus effectus ipsius rei et ipsius dominii, et sic bene dixit l. Recte dicimus. de verborum significatione" ([117]).

Emergono alcuni tratti evidenti ([118]): l'identificazione fra *res* e

([115]) Cfr. Paolo DI CASTRO, ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. I, in Pauli CASTRENSIS *In secundam Digesti Novi praelectiones* cit., e Alessandro TARTAGNI, ibidem, n. 2, in Alexandri TARTAGNI imolensis... *In I. et II. Digesti Novi* partem commentaria cit.

([116]) Cfr. Raffaele RAIMONDI, ad l. Lucio Titio, ff. de legatis secundo, n. 3 ("ususfructus non est proprie pars sed servitus") (D. 31,23), in Raphaelis CUMANI... *Commentationes... in eius Pandectarum partis secundam quam Infortiatum vulgus vocitat*, Lugduni, 1554; Giason DEL MAINO, ad l. Plane §. si ita Titio, ff. de legatis primo, n. 5 ("ususfructus formalis, cum sit servitus, est species distincta a dominio, non autem eius pars, sed eius ususfructus causalis bene est pars integralis fundi, quia ex proprietate et tali usufructu bene constituitur fundus") (D. 30,34,14), in Iasonis MAYNI *In secundam Infortiati partem commentaria*, Venetiis, 1598.

([117]) Raffaele RAIMONDI, ad l. Mevius §. Duobus — Repetitio, ff. de legatis secundo, nn. 2 e 3 (D. 31,66,1), in Raphaelis CUMANI... *Commentationes... in eius Pandectarum partis secundam quam Infortiatum vulgus vocitat* cit.

([118]) Un dato appariscente, ma che in questo momento ci interessa poco, è che il Cu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dominium ([119]) e la volontà di confinare servitù ed usufrutto nel mero *ius*; contrapposizione — certo non nuova — fra *servitus* e *res*; lo stesso usufrutto causale, la *commoditas*, concepito come effetto della posizione dominativa del soggetto; la assoluta inidoneità dello schema concettuale della *pars* a costituire un riferimento logicamente e tecnicamente valido per l'usufrutto.

c) 'Servitutes' e 'dominium'.

Lasciando da parte le definizioncelle scolastiche di servitù prediale e personale, più o meno costruite su reminiscenze e tutte abbastanza insoddisfacenti perché formali e ripetitive, e pertanto relativamente significanti ([120]), cerchiamo di individuare una definizione sostanziale della *servitus* — categoria unitaria che continua a non avere scossoni malgrado la accresciuta consapevolezza delle peculiarità dell'usufrutto — sorprendendola nei suoi nessi sistematici con gli altri diritti reali e soprattutto con la realtà incombente e antagonista del *dominium*.

Che *servitutes* e *dominia* costituiscano due 'species oppositae' è dottrina ricevuta ([121]), che troviamo consolidata nel più ampio e capillare apporto della letteratura sistematica in tema di servitù e cioè nei *Tractatus* del veronese Bartolomeo Cipolla ([122]). Dal punto di

---

mano sembra rifarsi soprattutto alla tradizione dottrinale prebartoliana, nella quale si esclude che l'usufrutto sia *pars praedicamentalis* del *dominium*.

([119]) *Res* e *dominium*, *fundus* e *dominium*, *pars dominii* e *pars fundi*, *commoditas rei* come oggetto dell'usufrutto causale e *ius utendi fruendi* come oggetto di quello formale: è appena il caso di segnalare che, su questa problematica, l'instabilità terminologica, unita ad una inevitabile instabilità concettuale, e alla solita commistione fra usufrutto causale e formale, genera anche non pochi equivoci. In genere, si esclude che l'usufrutto possa essere *pars fundi*, giacché il fondo è una entità corporea (ma, per una smentita, vedi GIASON DEL MAINO, ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. 4, in IASONIS MAYNI *In secundam Digesti Novi partem commentaria*, Venetiis, 1598), e da taluno si precisa, con soluzione singolare ma teoricamente corretta, che si può anche parlare di *pars fundi* ma "vere sumendo fundum pro quodam toto intellectuali" (PAOLO DI CASTRO, ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. 1, in PAULI CASTRENSIS *In secundam Digesti Novi praelectiones* cit.).

([120]) A differenza di quanto avviene per il *dominium*, dove, in assenza di precedenti condizionamenti, lo sforzo definitorio — per esempio di Bartolo — è altamente inventivo, e speculare delle forze culturali e tecniche circolanti nell'esperienza medievale.

([121]) Per un esempio, cfr. Giovanni DA IMOLA, ad l. Qui usumfructum, ff. de verborum obligationibus, n. 3, in Ioannis DE IMOLA... *In secundam Digesti Novi partem commentaria* cit.

([122]) Bartolomeo Cipolla († 1475), docente nell'Ateneo patavino, nella premessa al 'tractatus de servitutibus urbanorum praediorum', ammette di essersi dedicato alla reda-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vista della costruzione giuridica è però rilevante domandarsene il perché e tentare di identificare le motivazioni tecniche che portano alla contrapposizione logica. A ben leggere, queste si fondano tutte sulla ferma coscienza della intima eteronomia della servitù. "Ius incorporale, quod per se non stat", dice Paolo di Castro di quelle prediali ([123]), e da molti si insiste su un dato già messo in luce nelle pagine precedenti e debitamente sottolineato: che con queste strutture ci si arresta al lato esteriore della cosa senza incidervi, che di *qualitates* si tratta e non di forme giuridiche radicate nella *substantia rei* ([124]); e ritorna il problema della corretta qualificazione della superficie sciattamente catalogata come servitù nelle fonti romane, problema risolto nel contrappunto fra *servitus* e *dominium utile*: il superficiario ha determinati poteri sul bene perché ha un dominio utile e non una semplice servitù; e ha tali poteri per un supremo motivo antropologico prima ancora che tecnico, e cioè che la propria situazione giuridica "non est qualitas sed substantia" ([125]), impegna la *res*, vien quasi a identificarsi con la *res* in alcune sue dimensioni essenziali. Lo stesso usufrutto, creatura ambigua ed ancipite, o è servitù, o, se non è servitù, rappresenta soltanto una potenzialità del dominio di amputare dal suo seno l'*uti-frui* e creare la servitù *utendi-fruendi* ([126]).

Questa eteronomia della servitù è ben segnata nei suoi riflessi costruttivi alla fine della ricca stagione quattrocentesca, in un commento di Bartolomeo Socini, che dimostra appieno il profondo valo-

---

zione dei due 'tractatus', sia "cum igitur nullus iurisconsultorum nostrorum hactenus librum de servitutibus composuerit", sia perché i suoi *auditores* dei 'corsi' universitarii "hoc a me saepissime quaesierunt".

([123]) Paolo DI CASTRO, ad l. Servitutes, ff. de servitutibus, n. 2, in Pauli CASTRENSIS *In primam Digesti Veteris praelectiones*, Lugduni, 1548.

([124]) "[Servitutes] consistunt idest inhaerent ut character inest animae, ergo patet quod sunt qualitates. Probatur aperte in l. Quid aliud, infra, de verborum significatione" (Angelo DEGLI UBALDI, ad l. Servitutes (tertia), ff. de servitutibus, in Angeli DE PERUSIO *Lectura super prima parte Digesti Veteris* cit.; Bartholemaei CAEPOLLAE *Tractatus de servitutibus urbanorum praediorum* cit., cap. II, n. 4.

([125]) Angelo DEGLI UBALDI, ad l. Servitutes (tertia), ff. de servitutibus (*loc. ult. cit.*); Giason DEL MAINO, ad l. Si tibi homo §. valet legatum, ff. de legatis primo (D. 30,86,4), in Iasonis MAYNI *In secundam Infortiati partem commentaria* cit.

([126]) "usufructus formalis nihil aliud est quam servitus personalis... usufructus autem causalis non est distinctus a dominio, nec est servitus, sed consistit in quadam potentia creandi usumfructum formalem in se et in alio" (Angelo DEGLI UBALDI, ad l. Usufructu, ff. soluto matrimonio (D. 24,3,57), in Angeli UBALDI perusini *In primam atque secundam Infortiati partem commentaria*, Venetiis, 1580).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

re espressivo che hanno per lo storico del pensiero giuridico certe architetture tecniche, o anche certi sottili merletti tecnici. Il discorso è in tema di possesso e, più in particolare, della situazione possessoria di un titolare di servitù; il contrappunto è con la situazione del *dominus*. Sotto un profilo sistematico la riflessione rivela un notevole interesse. Insegna il Socini sulla scia di Bartolo:

"In usufructu et in aliis iuribus incorporalibus datur quasi possessio et non in dominio, quia possessio causatur ex patientia domini, quae non reperitur in proprietate seu dominio, ad cuius acquisitionem sola traditio rei corporalis sufficit... et potest ratio Bartoli declarari quod aliquando ius meum, quod habeo, causatur ab alio iure existente in persona alterius, a quo dependet et est ab eo distinctum, et tunc ex patientia illius quaeritur mihi quasi possessio illius iuris, prout est videre in usufructu et caeteris servitutibus, quae pendent ab animo praedii servientis, nimirum si illius patientia causat mihi quasi possessionem illius iuris. Aliquando ius meum mihi acquisitum non causatur neque pendet a iure existente in persona alterius, prout est dominium, et tunc ex patientia alterius non habeo quasi possessionem, quia patientia alterius nihil debet operari respectu dominii mei, quod non pendet ab aliquo iure alteri competenti" ([127]).

La *possessio* riconosciuta al *dominus* nasce dalla autonomia della sua situazione. Esperita la tradizione, il *dominus* non deve render conto a nessuno né da alcuno è necessariamente condizionato nell'esercizio della sua posizione giuridica. Che è esattamente opposta a quella di un titolare di servitù, il quale deve fare i conti con la pazienza continuativa del *dominus* e la cui posizione ha una dipendenza giuridica da quella di lui; a cui l'ordinamento dà soltanto una *quasi possessio iuris*. Lo dice efficacissimamente Bartolomeo Socini: "pendet a iure existente in persona alterius": che è ciò che noi chiamiamo eteronomia, esigenza di un assetto senza radici e strutturalmente fragile di essere funzionalmente pensato e costruito come eterodipendente. Alla *quasi possessio*, che l'ordine giuridico riconosce ai titolari di servitù, si presuppone anche e soprattutto questa realtà ontica profonda.

d) 'Servitus' e 'dominium utile'.

È sul piano dei poteri che si coglie nitidamente la distanza che

([127]) Bartolomeo SOCINI, ad l. Naturaliter, ff. de acquirenda possessione, n. 5, in Bartholomaei SOCINI *In Digesti Novi ac Codicis rubricas* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

separa una situazione di servitù da un'altra di dominio utile: a livello di epifania di poteri si ha l'affioramento di strutture appartenenti a due diversi — e opposti — emisferi giuridici. E si insiste sui punti consueti, che già ben conosciamo dopo la lettura di Bartolo e di Baldo: che l'utilista, a differenza del titolare di una servitù reale o personale, può imporre validamente delle servitù sul fondo ([128]); che "habens utile dominium potest rem pignori et hypothecae dare" ([129]); che l'utilista può denunziare la nuova opera *proprio nomine*, potere che è disconosciuto all'usufruttuario che lo potrà fare soltanto *procuratorio nomine* ([130]).

Perché tutto questo? Perché i *domini utiles* hanno uno *ius potentius* ([131]), che è *potentius* proprio perché appartiene all'emisfero dominativo. Anche se talvolta si constatano delle contraddittorie e inspiegabili cadute ([132]), il carattere autenticamente dominativo del

([128]) Paolo DI CASTRO, ad l. Servitutes praediorum, ff. de servitutibus, nn. 1-2 e 4 (D. 8,1,3), in Pauli CASTRENSIS In primam Digesti Veteris praelectiones cit.); Bartolomeo DA SALICETO, ad l. Et in provinciali, C. de servitutibus et aqua, n. 1 (C. 3,34,3) (in Bartholomaei A SALICETO *In tertium et quartum Codicis libros*, Venetiis, 1574).

([129]) Raffaele FULGOSIO, ad l. Tutor §. etiam, ff. de pignoratitia actione (D. 13,7,16,2) (in Raphaelis FULGOSII...*In primam Pandectarum partem tomus primus* cit.) e ad l. Grege pignori §. et in superficiariis, ff. de pignoribus et hypothecis (D. 20,1,13,3) (*ibidem*).

([130]) Paolo DI CASTRO, ad l. In provinciali §. si ego ff. de operis novi nuntiatione, n. 1 (D. 39,1,3,3) (in Pauli CASTRENSIS *In primam Digesti Novi praelectiones* cit.); Raffaele RAIMONDI, ad l. In provinciali §. si ego, ff. de operis novi nunciatione, n. 2 e ad l. Hoc edicto §. usufructuario, ff. de operis novi nunciatione, n. 1 (D. 39,1,1,20) (in Raphaelis CUMANI *In eius Pandectarum partis primam quae... Digesti Novi appellatione differtur* cit.); Mariano SOCINI IL VECCHIO, ad cap. Cum ex iniuncto, X. de novi operis nuntiatione, n. 35 ss. (soprattutto nn. 46-47) (EXTRA. 5,32,2) (in Mariani SOCINI SENIORIS... *Commentaria super secunda parte libri quinti Decretalium...*, Parmae, 1574); Ludovico PONTANO, ad l. Hoc edicto §. usufructuarius, ff. de operis novi nunciatione, n. 9 (in Ludovici PONTANI... *In primam atque secundam Digesti Novi partem commentaria*, Venetiis, 1580) e ad l. In provinciali §. si ego, ff. de operis novi nunciatione, n. 1 ss. (*ibidem*); Giason DEL MAINO, ad l. In provinciali, ff. de operis novi nunciatione, nn. 1-3 (in Iasonis MAYNI *In primam Digesti Novi partem commentaria*, Venetiis, 1598).

Va segnalato, per la dovuta precisione, che, per motivi diversi che non è qui il caso di elencare, a differenza dell'usufruttuario, al titolare di servitù prediale è consentito di denunciare la nuova opera.

([131]) Paolo DI CASTRO, ad l. In provinciali §. si ego, ff. de operis novi nuntiatione, n. 1 (citata alla nota precedente): "superficiarius vel feudatarius vel emphyteuticarius, qui habent ius potentius... ius usufructus, quod est minus potens ius quam utile dominium...".

([132]) Come quando Angelo degli Ubaldi, un personaggio da noi spesso citato per i

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dominio utile si consolida e il suo stacco dal quasi dominio è indubitato ([133]); sul 'qualecumque dominium' segnato incidentalmente e senza grossi significati tecnici nelle fonti romane ([134]), si discute abbondantemente perché ciò dà esca alla fantasia sbrigliata dei giuristi, ma la conclusione comune è che il riferimento sia a due qualità di dominio, e cioè il diretto e l'utile ([135]). È questa, come ha cura di avvertirci Angelo degli Ubaldi ([136]),, l'opinione che "praevalet et observatur" e che "in iudiciis practicatur".

---

suoi contributi di indubbia acutezza, a proposito del dominio utile, esce in questa affermazione che pare smentire tutto quanto la documentazione da noi esaminata ci ha fatto concludere nel testo: "non concessum nec contractum super re, sed super usu rei, sed venit per quandam interpretationem et est dominium improprie" (ad l. Ex hoc iure, ff. de iustitia et iure, n. 12 (D. 1,1,5) (in Angeli DE PERUSIO *Lectura super prima parte Digesti Veteris* cit.).

([133]) Angelo DEGLI UBALDI, ad l. Julianus §. idem Julianus, ff. de rei vendicatione, n. 3 (D. 6,1,17,1) (in Angeli DE PERUSIO *Lectura super prima parte Digesti Veteris* cit.); Paolo DI CASTRO, ad l. Cum in rem C. de alienatione iudicii mutandi facta, n. 3 (C. 2,54) (in Pauli CASTRENSIS *In primam Codicis partem praelectiones* cit.); Raffaele FULGOSIO, ad l. Minor §. si servus, ff. de evictionibus, n. 4 (D. 21,2,39,1) (in Raphaelis FULGOSII *In primam Pandectarum partem commentariorum tomus secundus...*, Lugduni, 1554) (più sfumata, ma consapevole e non scorretta, la posizione di Fulgosio nel commento alla l. Julianus §. idem Julianus, ff. de rei vendicatione, n. 5 (in Raphaelis FULGOSII *In primam Pandectarum partem commentariorum tomus primus* cit.); Giovanni DA IMOLA, ad l. Cum postulassem §. damni, ff. de damno infecto, n. 1 (D. 39,2,44,1) (in Ioannis DE IMOLA... *In primam Digesti Novi partem commentaria*, Venetiis, 1580).

([134]) Nella l. Si mater §. eandem, ff. de exceptione rei iudicatae (D. 44,2,11,4 e 5) si legge: 'nam qualecumque et undecumque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit'.

([135]) Paolo DI CASTRO, ad l. Si mater §. eandem, n. 2: "cum primo dicit se dominum vel rem ad se pertinere iure dominii videtur dixisse tam de directo quam de utili ut in fi. huius §§. in ver. qualecunque, quod non potest referri nisi ad qualitatem dominii, non ad qualitates causarum ex quibus acquiritur, licet id quod postea sequitur 'et undecunque' se referat ad qualitates causarum quarum quaedam sunt de iure naturali seu gentium, quaedam de iure civili. Et ita intellige hic GLOSSAM... et istam opinionem tenet DYNUS et BARTOLUS..." (in Pauli CASTRENSIS *In primam Digesti Novi praelectiones* cit.).

([136]) Angelo DEGLI UBALDI, ad l. Si Mater §. eandem (in Angeli UBALDI perusini *In I. atque II. Digesti Novi partem et in tit. de interdictis commentaria* cit.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIUDITTA BRUNELLI

ALLE ORIGINI DEI LIMITI ALLA LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE POLITICA. (Giurisprudenza e prassi di fine Ottocento)

I. *La repressione penale dell'associazionismo politico anti-istituzionale. Il quadro normativo nel periodo statutario.* 1. La libertà di associazione politica come «luogo» privilegiato di indagine sul livello di democraticità di un ordinamento. — 1.1. Obiettivo della ricerca: la costruzione giurisprudenziale di fine secolo del reato di associazione politica in funzione repressiva del dissenso. — 1.2. Il depotenziamento giuridico dei diritti di libertà nell'ordinamento liberale. In particolare: il diritto di associazione politica. — 1.3. La diversa situazione nell'ordinamento vigente. Le antinomie tra principi costituzionali e limiti penalistici. — 1.4. L'*essenza* del reato associativo politico come elemento di continuità fra legislazione liberale, fascista e repubblicana. — 2. L'evoluzione legislativa in tema di reato associativo nell'ordinamento statutario. L'utilizzazione di fattispecie comuni nella repressione del dissenso politico. — 2.1. Motivazioni ideologiche e conseguenze pratiche della assimilazione tra dissenziente politico e delinquente comune. — 2.2. La genesi del reato di «associazione di malfattori» dal codice francese del 1810 al codice sardo-italiano del 1859. — 2.3. L'art. 248 del codice Zanardelli come formalizzazione legislativa del processo di «astrazione» della fattispecie associativa comune. Il passaggio dal concetto di «pubblica tranquillità» al concetto di «ordine pubblico». — 2.4. La nuova ipotesi criminosa della «associazione sediziosa» (art. 251 c.p.). — 2.5. La legislazione eccezionale «antianarchica» del 1894. — 3. Metodologia dell'indagine. — 3.1. Le fonti di documentazione. — 3.2. I criteri di analisi della giurisprudenza. — II. *La costruzione dei limiti alla libertà di associazione politica nella giurisprudenza di fine Ottocento: gli anarchici.* 1. La giurisprudenza di fine secolo sulle associazioni anarchiche. — 1.1 Caratteri e provenienza del materiale esaminato. Il problema della qualificazione giuridica del «delitto anarchico». Il «delitto sociale» come *tertium genus* tra delitto politico e delitto comune. — 1.2. Le conseguenze pratiche dell'applicazione dell'art. 248 c.p. alle associazioni anarchiche. La delega ai giudici della scelta della norma applicabile: significato e implicazioni. — 2. Il primo caso di utilizzazione della fattispecie di cui all'art. 248 c.p. in funzione repressiva di un'intera area politica: il processo agli anarchici di Bedizzano di Carrara. — 2.1. La ricostruzione dei fatti attraverso le note informative inviate dai Procuratori generali al Ministero di Grazia e Giustizia. — 2.2. La sentenza della Corte d'assise di Casale: la definizione della struttura organizzativa dell'associazione e dello scopo perseguito. L'accento posto sulla tutela della proprietà da ogni possibile aggressione, anche soltanto ideologica. — 3. Il processo agli anarchici di Jesi. — 3.1. Il carattere politico del delitto anarchico secondo la Corte di appello di Ancona. — 3.2. L'orientamento della Corte di cassazione: le associazioni anarchiche sono associazioni per delinquere. L'ordine sociale minacciato dalle teorie anarchiche è l'ordine dei proprietari. — 4. Il processo agli anarchici di Roma per i disordini avvenuti il 1° maggio nella Piazza di S. Croce in Gerusalemme. — 4.1. L'applicazione dell'art. 251 c.p. («associazione sediziosa»)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da parte dei giudici di primo grado. L'identificazione tra «pericolo per la pubblica tranquillità» e «pubblicità dello scopo». — 4.2. La sentenza della Corte d'appello di Roma: alle associazioni anarchiche si applica l'art. 248 c.p. — 4.3. La conferma del giudizio d'appello da parte della Corte di cassazione. Il rifiuto della Suprema Corte di ogni teorizzazione di carattere generale sulla natura giuridica delle associazioni anarchiche, trattandosi di apprezzamento di fatto riservato al giudice di merito. — 5. Il processo agli anarchici di Ancona. — 5.1. L'applicazione all'associazione anarchica dell'art. 251 c.p., confermata in secondo grado. — 5.2. La prima sentenza della Corte di cassazione che qualifica le associazioni anarchiche come associazioni sediziose. Le soluzioni repressive alternative contenute nella clausola della insindacabilità del giudizio di fatto. — 6. La riproposizione da parte della Suprema Corte della linea interpretativa tradizionale: l'equiparazione delle associazioni anarchiche alle associazioni per delinquere come «postulato della scienza giuridica e del diritto giurisprudenziale». — 7. Il consolidamento dell'indirizzo volto all'applicazione alle associazioni anarchiche dell'art. 251 c.p. — 7.1. Il processo agli anarchici di Siena. — 7.2. La preoccupazione delle Procure per gli orientamenti garantisti presenti nella magistratura. — 8. Gli orientamenti della giurisprudenza in ordine al problema della struttura organizzativa. La progressiva esclusione dall'elemento «associazione» del requisito dell'organizzazione. — 9. Le conseguenze derivanti dall'esclusione del requisito dell'organizzazione dalla fattispecie penale associativa. — III. *La costruzione dei limiti alla libertà di associazione politica nella giurisprudenza di fine Ottocento: i socialisti.* 1. La giurisprudenza sulle associazioni socialiste: i dati di carattere generale emergenti dal materiale esaminato. — 2. Lo scioglimento prefettizio delle associazioni aderenti al partito socialista ai sensi dell'art. 5 legge 19 luglio n. 316/1894. L'eterogeneità degli orientamenti della magistratura in ordine alla loro qualificazione penale. — 3. Le sentenze che escludono l'applicazione ai socialisti dell'art. 251 c.p. — 3.1. L'elemento dell'organizzazione secondo il Tribunale di Milano. Il profilo probatorio del delitto di associazione sediziosa. — 3.2. L'insufficienza della sola propaganda ai fini della perseguibilità penale delle associazioni socialiste. La separazione di competenza tra autorità politica e autorità giudiziaria. — 3.3. La lettura dell'art. 251 c.p. in chiave di «pericolo concreto». L'estremo della «pubblicità». — 4. Le sentenze che applicano ai socialisti l'art. 251 c.p. La lettura della norma in chiave di «pericolo astratto». La dilatazione, voluta dall'esecutivo, dell'estremo della «pubblicità». — 5. La giurisprudenza della Corte di cassazione. L'applicabilità dell'art. 251 c.p. come «apprezzamento di fatto», riservato al giudice del merito. L'interpretazione dei requisiti del «pericolo per la pubblica tranquillità» e della «pubblicità». — 6. Il problema dell'applicabilità della legislazione eccezionale «antianarchica» ai socialisti. — 6.1. L'uniformità di vedute tra magistratura ed esecutivo. — 6.2. Le tesi sostenute in dottrina e in giurisprudenza: a) il carattere individualistico, e non associativo, della militanza anarchica, e la conseguente oggettiva inapplicabilità ad essa dell'art. 5 legge n. 316/1894, disposizione evidentemente destinata a colpire le associazioni socialiste. — 6.3. b) L'applicabilità dell'art. 5 legge n. 316/1894 ai socialisti desunta da un'interpretazione letterale e sistematica della norma. — 6.4. L'orientamento della Corte di cassazione favorevole all'applicabilità. — 6.5. Il reato di cui all'art. 5 legge n. 316/1894 come delitto comune: conseguenze sul piano della competenza giudiziaria e delle amnistie. La nozione di «vie di fatto» nella giurisprudenza di legittimità. — 7. Il problema dell'adesione al partito socialista e della partecipazione al Congresso di Reggio Emilia del 1893 come presupposti per la perseguibilità penale di una associazione. — 7.1. Il confine della punibilità del fatto associativo politico. — 7.2. L'interpretazione giurisprudenziale dei concetti di «rivoluzione» e di «lotta di classe». — 7.3. Il rilievo probatorio dello statuto e del programma nella qualificazione delittuosa di una associazione politica. — 7.4. Struttura del partito socialista e vanificazione del principio della responsabilità penale personale. — 7.5. I contrastanti orientamenti della Cassazione. — IV. *Conclusioni.* 1. La «costruzione giurisprudenziale» del reato associativo politico nell'ambito dell'elaborazione delle «regole sul dissenso» nello Stato monoclasse liberal-autoritario. —

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. Il perpetuarsi dei moduli repressivi autoritari nell'ordinamento costituzionale repubblicano. — 3. L'esigenza di una risistemazione dell'intera materia alla luce dei principi costituzionali e del carattere democratico dell'ordinamento.

I. La repressione penale dell'associazionismo politico anti-istituzionale. Il quadro normativo nel periodo statutario.

1. *La libertà di associazione politica come «luogo» privilegiato di indagine sul livello di democraticità di un ordinamento.*

1.1. *Obiettivo della ricerca: la* «costruzione giurisprudenziale» *di fine secolo del reato di associazione politica in funzione repressiva del dissenso.*

La complessa problematica dei reati associativi politici, oggi di particolare attualità, ha radici storiche lontane. Negli ultimi anni, com'è noto, si è assistito in Italia, nell'ambito della repressione delle attività politiche c.d. «eversive», ad una autentica riscoperta [1] di alcune norme contenute nel codice penale, quali l'art. 270 («associazioni sovversive») e l'art. 306 («banda armata»), assai controverse [2] e per lungo tempo oggetto soltanto di sporadiche applicazio-

[1] L'espressione è di De Francesco, *Ratio di «garanzia» ed esigenze di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, 229.

[2] Il problema più rilevante è quello relativo alla compatibilità con i principi costituzionali dell'art. 270 c.p., su cui si registrano opinioni contrastanti. Dottrina e giurisprudenza dominanti sostengono a tutt'oggi la piena validità della norma, in virtù del richiamo alla violenza in essa contenuto: in questo senso, tra gli altri, Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 24; Idem, *Associazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1952, vol. III, 846-847; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1961, vol. IV, 343 ss.; Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, 52; Rossi, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1954, 88 ss.; Pannain, *Personalità internazionale dello Stato (Delitti contro la)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965, vol. XII, 1131. Palermo Fabris, *Il delitto di associazione e sue problematiche costituzionali*, in *Giust. pen.*, 1980, II, 380, osserva in contrario come il legislatore abbia inteso colpire, attraverso la posizione di norme come gli artt. 270 e 272 c.p. (quest'ultimo rivolto a sanzionare penalmente la «propaganda ed apologia sovversiva ed antinazionale»), la manifestazione — sia in forma individuale sia in forma associata

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ni (3). A ciò si è aggiunta l'introduzione nell'ordinamento di nuove fattispecie criminose associative — quali, ad esempio, l'art. 270-*bis* («associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico») (4) — che, mentre riproducono sostanzialmente un modulo repressivo consolidato, vengono al contempo ad alterare l'equilibrio sistematico del codice Rocco, provocando una serie di complicati e spinosi problemi interpretativi, prontamente segnalati dalla dottrina, e connessi in primo luogo alla stessa definizione dei rapporti intercorrenti tra le nuove ipotesi di reato e le fattispecie già previste nel codice e nella legislazione speciale ad esso successiva (5).

Ma, al di là delle considerazioni critiche in ordine alla tecnica normativa adottata dal legislatore repubblicano, preme qui sottolineare quello che è stato definito in dottrina come il carattere costante della legislazione italiana in materia dal periodo prefascista ad oggi: la traduzione in termini di *illecito penale* dell'associazionismo politico anticostituzionale (6), attraverso la forma giuridica del *reato di associazione politica*, i cui caratteri strutturali, del tutto peculiari, sono suscettibili di fornire preziose informazioni sull'atteggiamento dello Stato nei riguardi delle aree ideologiche di radicale dissenso verso l'assetto sociale e politico-istituzionale esistente.

— di un pensiero ostile allo Stato, riservando correlativamente all'art. 305 c.p. («cospirazione politica mediante associazione») il compito di reprimere qualsiasi associazione che si proponga di modificare con mezzi violenti l'ordine costituito. L'Autore ritiene pertanto auspicabile l'abrogazione dell'art. 270 c.p., essendo ampiamente sufficienti tutte le ipotesi criminose già esistenti a difendere lo Stato da qualsiasi possibile attacco. A conclusioni analoghe giunge PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.*, 1973, 700.

(3) Vedi le osservazioni di DE FRANCESCO, *Ratio di «garanzia»*, cit., 229 ss.

(4) La disposizione è stata inserita nel codice con l'art. 3 del decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625 («Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica»), convertito con modificazioni nella legge 6 febbraio 1980, n. 15.

(5) Sulle difficoltà interpretative generate dall'inserimento nel codice penale dell'art. 270-*bis*, vedi DE FRANCESCO, *Commento all'art. 3 legge 6 febbraio 1980 n. 15*, in *Legisl. pen.*, 1981, I, 50 ss.; IDEM., *I reati politici associativi nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, 217 ss.; PALERMO FABRIS, *Il delitto di associazione*, cit., 384, nota n. 161; VIGNA, *La finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico*, Milano, 1981, 94 ss. Per una rassegna degli orientamenti della giurisprudenza, vedi CASELLI e PERDUCA, *Terrorismo e reati associativi: problemi e soluzioni giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 1982, IV; FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, vol. XXX, 1103, nota 122.

(6) PETTA, *Le associazioni anticostituzionali*, cit., 747 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questo studio si propone di svelare la logica sottesa all'utilizzazione di tale fattispecie, analizzandone appunto la struttura, così come si è venuta storicamente delineando nelle scelte legislative e giurisprudenziali a partire dalla seconda metà del secolo scorso, con una particolare attenzione per le numerose decisioni giudiziarie *fin de siécle* riguardanti le associazioni anarchiche e socialiste.

L'approccio di carattere storico consentirà di verificare in quale misura la formazione di determinati indirizzi giurisprudenziali — concretantisi in un'opera ininterrotta, anche se non sempre lineare, di interpretazione/integrazione delle scarne e generiche previsioni normative del codice penale del 1889 — abbia rappresentato la base della successiva legislazione, sia in epoca fascista che in epoca repubblicana. Una volta evidenziato l'intimo legame, il rapporto di derivazione tra forme storicamente assunte dal dominio politico e norma penale (7), la eventuale constatazione di una tale continuità legislativa non potrà non aprire inquietanti interrogativi sulla compatibilità con il nuovo ordinamento costituzionale di una disciplina penale delle associazioni politiche — frutto di sedimentazioni normative succedutesi nel corso di ormai più di un secolo — elaborata secondo schemi che largamente risentono dell'originaria matrice illiberale ed autoritaria.

Prima di affrontare la ricostruzione della giurisprudenza di fine Ottocento, è tuttavia opportuno premettere alcune considerazioni di carattere generale sulla natura stessa del diritto di associazione politica, il quale, mentre ha come imprescindibile presupposto l'esistenza di uno Stato di diritto, rappresenta al contempo uno degli strumenti più efficaci per aprire contraddizioni profonde, e talora drammatiche, all'interno degli assetti di potere consolidati, come dimostra la storia dei movimenti politici di opposizione. Si tratta, senza alcun dubbio, di un momento cruciale del tormentato rapporto tra principio di libertà e principio di autorità, e, pertanto, di un «luogo» privilegiato di indagine sul livello di democraticità di un ordinamento (8).

---

(7) Così Loi, *La libertà di associazione e la disciplina penale della associazione politica dal 1848 al codice Zanardelli. Profili storici*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, 295.

(8) Il regime delle associazioni è espressamente indicato da Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, 223 nota n. 166, tra i congegni strutturali che, per la loro indiretta ma decisiva influenza sulla possibilità di effettivo esercizio della fun-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1.2. *Il depotenziamento giuridico dei diritti di libertà nell'ordinamento liberale. In particolare: il diritto di associazione politica.*

Fino a che punto l'espressione in forma organizzata di un dissenso rivolto alla sostituzione dell'ordine politico esistente con un diverso ordine, fondato su un nucleo alternativo di principi, può liberamente agire, senza scontrarsi con l'esigenza di autoconservazione dello Stato? La risposta dipende necessariamente dalla considerazione dei caratteri propri di ciascuno ordinamento. Nell'esperienza liberale dello Stato unitario italiano, alla proclamazione dei diritti di libertà a livello costituzionale non corrispondeva in concreto alcuna effettiva strumentazione garantista. Ciò riveste particolare interesse proprio sul terreno «critico» dell'associazionismo politico: basti pensare alla prassi, travagliatissima eppure costantemente utilizzata sia dai governi della Destra che della Sinistra, dello scioglimento delle associazioni ritenute pericolose per la sicurezza dello Stato, *in assenza di qualsiasi previsione normativa al riguardo* (9).

In altri termini, di fronte all'affermarsi di profonde dinamiche sociali, con la comparsa sulla scena politica di soggetti collettivi sempre più numerosi ed ideologicamente caratterizzati (le società democratiche, i circoli repubblicani e internazionalisti, le associazioni anarchiche, i circoli socialisti, le leghe operaie e sindacali), lo Stato

---

zione politica, furono ampliamente utilizzati dallo Stato liberale in funzione di tutela dell'assetto sociale borghese. In realtà, tra Stato di diritto e gruppi politici antagonisti corre un rapporto di contrapposizione dialettica permanente, peraltro del tutto sbilanciato: ai due termini del rapporto, infatti, non competono identiche *chanches* di affermazione, potendo i detentori della maggioranza, e quindi del potere, chiudere nei momenti di crisi gli spazi di libertà (sui meccanismi di involuzione autoritaria dello Stato di diritto si veda la lucida analisi di SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, München-Leipzig 1932, ora parzialmente ripubblicato in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 209 ss.).

(9) Sul complesso dibattito che si svolse nel periodo liberale intorno alla natura dei limiti configurabili al diritto di associazione politica, agli eventuali strumenti di controllo e, soprattutto, all'ammissibilità o meno di un intervento preventivo di polizia da parte dell'esecutivo, concretantesi appunto nello scioglimento delle associazioni ritenute pericolose per la sicurezza dello Stato, vedi CHELI, *Libertà di associazione e poteri di polizia: profili storici*, in *La pubblica sicurezza*, a cura di P. Barile, Vicenza, 1967, 275 ss.; LOI, *La libertà di associazione*, cit., 295 ss. Sul riconoscimento della libertà di associazione nell'ordinamento liberale come diritto soggettivo di livello costituzionale, nonostante l'assenza di un'espressa norma statutaria in proposito, vedi ancora CHELI, *Libertà di associazione*, cit., 290-291.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— connotato in questa fase da una debolissima penetrazione del principio democratico: il meccanismo elettorale, fondato su criteri di censo e di capacità, comportava la rappresentanza politica di una oligarchia sociale ed economica sostanzialmente omogenea ([10]) — poté operare un pressante controllo poliziesco, attraverso interventi preventivi giustificati sulla base di indizi di pericolosità quanto mai generici, muovendosi nei confini tracciati da una concezione del principio di legalità assunto nel suo significato minimale di *non contrarietà alla legge*. In assenza di una norma espressa di legge, cioè, il potere esecutivo, in forza del proprio carattere originario, riacquistava piena capacità di intervento, al fine di una ricomposizione degli interessi confliggenti orientata da criteri definiti di pubblica utilità: «quando la norma manchi — affermava Ranelletti — l'organo amministrativo può e deve ugualmente agire secondo il bisogno collettivo richiede, epperciò scegliere ed adottare liberamente le vie, i mezzi, le misure che gli appaiono convenienti allo scopo da raggiungere, purché in tutto questo si mantenga nei limiti del diritto obiettivo» ([11]).

Proprio nella materia della libertà di associazione, quindi, questa interpretazione del principio di legalità, del tutto riduttiva e svincolata da ogni istanza garantista, trovò la più completa affermazione. Si trattò, in realtà, di una precisa scelta politica delle forze egemoni:

([10]) Si trattava pertanto di uno Stato in cui alla proclamazione del principio di eguaglianza in senso giuridico-formale (art. 24 St. alb.: «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge»), corrispondeva il massimo di diseguaglianza sul piano dell'esercizio dei diritti politici fondamentali. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, vol. XXIV, 278, parla significativamente al riguardo di «stato monoclasse liberal-autoritario», in cui «l'ispirazione liberale e l'autoritarismo convivono naturalmente, e coprono del resto versanti diversi, in un'organizzazione pubblica che la borghesia ha ereditato dall'assolutismo, conservando di questo la concezione del potere e le strutture amministrative». Sui caratteri dello Stato borghese ottocentesco vedi anche GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. II, 345.

([11]) Su ciò e sulla tesi contraria, sostenuta da Zanobini, secondo cui «l'amministrazione può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente», vedi LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, vol. XXIV, 128. Sul significato e sulle implicazioni ideologiche illiberali del principio di legalità inteso come *non contrarietà* alla legge degli atti dell'amministrazione, libera di agire ove la legge manchi, vedi CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 113 ss.; IDEM, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur. Ist. Enc. It.* (Treccani) (di prossima pubblcazione), sez. 1, par. 1.4 e sez. 2, par. 2.1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

evitare la cristallizzazione dei modi di esercizio del diritto all'interno di forme giuridiche definite, per conservare all'esecutivo un ampio spazio di manovra, disegnato da motivazioni di carattere contingente [12].

Ma, al di là dell'esempio estremo costituito dal diritto di associazione [13], va comunque rilevato che la flessibilità costituzionale, unita al mito tipicamente ottocentesco della supremazia della legge, in quanto espressione dell'onnipotenza del legislatore [14], dovevano inevitabilmente tradursi in una assoluta mancanza di garanzie delle posizioni soggettive di libertà. La derogabilità dei principi costituzionali da parte della legge ordinaria, con la frequente attribuzione all'esecutivo di penetranti poteri normativi, e l'assenza di controlli di costituzionalità, vanificavano lo stesso istituto della riserva di legge, presidio primo e fondamentale di ogni diritto, assimilandolo in ultima analisi alla mera legalità formale [15].

Al depotenziamento giuridico dei diritti di libertà (peraltro assunti, sul piano ideologico, come nucleo essenziale e caratterizzante dello Stato liberale) non contribuì soltanto il conferimento all'amministrazione di una discrezionalità praticamente illimitata nel valutare la prevalenza del c.d. interesse pubblico rispetto all'esercizio di ciascuna libertà: di importanza non meno fondamentale fu la decisa connotazione in senso autoritario del diritto penale (e in particolare del diritto penale politico), insostituibile strumento di risoluzione in chiave puramente repressiva dei conflitti sociali.

L'inesistenza di vincoli al contenuto della legge, derivante dal-

---

[12] In questo senso CHELI, *Libertà di associazione*, cit., 295.

[13] Vedi la situazione, per certi versi analoga, della libertà di riunione nell'ordinamento statutario in relazione al potere preventivo di divieto, descritta da PACE, *La libertà di riunione*, in *La pubblica sicurezza*, cit., 239 ss.

[14] SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 217, individua l'*ethos* specifico dello Stato legislativo nel suo porsi come «giusto produttore di giusto diritto, con il suo saggio ed incorruttibile *législateur* e con la sua sempre buona e giusta *volonté générale*».

[15] FOIS, *La riserva di legge*, Milano, 1963, 178. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 162 ss., conclude per l'inesistenza nel nostro Stato liberale dei diritti di libertà, e per la loro indole iniziale di semplici aspirazioni metagiuridiche. Sul significato *formale* del principio di legalità, inteso come necessità di una base legale per ogni atto dell'amministrazione, nell'ordinamento liberale, vedi CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo*, cit., 121 ss.; CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, 71 ss.; FOIS, *La riserva di legge*, cit., 126 ss.; IDEM, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, vol. XXIII, 661 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'assenza di principi costituzionali intangibili, consentì in definitiva — come è stato osservato ([16]) — la perdurante utilizzazione di categorie penalistiche elaborate nell'epoca della Restaurazione, e che pertanto nulla potevano contenere in sé di liberale. Ciò, come si vedrà in seguito, assume un significato del tutto peculiare in relazione alla repressione penale dell'associazione politica: sia in ordine alla stessa costruzione del *reato di associazione* — imperniata sulla tecnica legislativa della *anticipazione del pericolo*, particolarmente criticabile e rischiosa proprio in ambito politico ([17]), sia in riferimento al complicato intreccio, talora alla sovrapposizione, tra fattispecie associative comuni e politiche in sede di applicazione giudiziale.

1.3. *La diversa situazione nell'ordinamento vigente. Le antinomie tra principi costituzionali e limiti penalistici.*

Nel periodo attuale, la vigenza di una costituzione rigida, garantita dal sindacato di legittimità costituzionale, evidenzia l'improponibilità di analoghi schemi interpretativi. Nel settore specifico della tutela delle libertà, determinante diviene il mutato valore della riserva di legge, che acquista una propria precisa fisionomia garantista, differenziandosi nettamente dal principio di legalità: essa assume ora il significato di un limite posto, prima ancora che all'esecutivo, allo stesso legislatore (non più onnipotente, dunque), vincolato a porre direttamente una completa disciplina della materia.

([16]) FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 143 ss.; PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 3 ss.

([17]) Le disposizioni penali repressive delle associazioni con scopi illeciti, anticipando la tutela ad un momento precedente allo stesso tentativo del reato-scopo, rappresentano una deroga ad un fondamentale principio di civiltà giuridica: quello della non incriminabilità degli atti preparatori. Sul punto vedi DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, Milano, 1985, 3. Come sottolinea PETTA, *Le associazioni anticostituzionali* cit., 684, ciò porta dei grossi interrogativi in materia politica, dal momento che, accanto ad organizzazioni che si propongono la realizzazione di un colpo di forza in tempi più o meno brevi, a ciò finalizzando tutta la loro attività, ve ne sono altre che si propongono un'azione complessa e di lunga durata, essenzialmente incentrata sulla propaganda, prima di passare ad una *eventuale* fase insurrezionale. Ci si chiede pertanto quali siano i «fini» di tali associazioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma vi è un elemento ulteriore, degno di attenta valutazione: le riserve previste per tutte le libertà costituzionali, sono *riserve rinforzate*, caratterizzate cioè dalla «puntuale identificazione... degli interessi ai quali ciascuna libertà può essere subordinata dalla legge, ovvero dei modi nei quali il limite può essere apposto» ([18]). In altri termini, i criteri di risoluzione dei conflitti tra singole libertà ed interessi antitetici sono contenuti nelle *scelte di valore* inderogabili operate una volta per tutte a livello costituzionale. Una eventuale difformità rispetto ad esse della legge del Parlamento renderebbe quest'ultima annullabile in sede di controllo di costituzionalità.

La drastica riduzione, in questa delicata materia, degli spazi di intervento concessi alla normazione ordinaria, ascrivibile alla preselezione degli interessi-limite ammessi, è in lineare coerenza con le premesse ideologiche su cui si fonda l'attuale ordinamento costituzionale, improntato al più ampio riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero: esso sanziona infatti il definitivo superamento del precedente sistema politico oligarchico ed autoritario, intollerante nei confronti del dissenso, e l'accettazione piena del processo democratico, che postula la possibile trasformazione — attraverso il libero confronto dialettico — della minoranza di oggi nella maggioranza di domani, indipendentemente dal grado di eterodossia dei valori e dei principi divenuti dominanti in un determinato contesto storico-ambientale ([19]).

Queste considerazioni riportano al tema dell'atteggiamento dello Stato verso l'attività di opposizione svolta da gruppi politici minoritari e dei limiti entro cui l'attività medesima possa leggittimamente esplicarsi.

Esclusa, alla luce dei vigenti principi costituzionali, ogni ipotesi

---

([18]) AMATO, *Individuo e autorità* cit., 309. Lo stesso A., *Libertà (dir. cost.)*, cit., pone in rilievo la valenza ideologica delle riserve rinforzate come espressione del passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse, ad uno Stato, cioè, «nel quale componenti esterne alla omogenea maggioranza politica e sociale di prima giungono esse stesse a condividere il potere e precostituiscono, attraverso l'esercizio o il condizionamento di questo, spazi di libertà». Sul significato e le implicazioni della riserva di legge assoluta come garanzia dei diritti fondamentali in un ordinamento a costituzione rigida, vedi CARLASSARE, *Riserva di legge*, in *Enciclopedia Giuridica dell'Ist. Enc. It.* (Treccani), di prossima pubblicazione, par. 1.

([19]) Sulla tendenza della democrazia contemporanea ad essere «uno schema *aperto* di assetto della società e dello Stato, che non esclude, anzi *istituzionalizza*, la possibilità di cambiamento», vedi FIORE, *I reati di opinione*, cit., 167.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di controllo, preventivo o successivo, dell'autorità politica sulla formazione e sulla vita delle associazioni — ciò che rappresenta il definitivo superamento di ogni sistema di tipo autorizzatorio, storicamente proprio dei regimi politici autoritari (20) — i limiti in materia di libertà di associazione politica rivestono esclusivamente carattere penale. In questo senso, d'altra parte, sembra esprimersi con chiarezza la stessa Carta costituzionale, ponendo alla determinazione dei fini associativi il solo limite tassativo del rispetto della legge penale (art. 18, comma primo, Cost.: «I cittadini hanno il diritto di associarsi liberamente ... *per fini non vietati ai singoli della legge penale*») (21).

Ma è proprio sul piano della legislazione penale — sul piano, cioè, del concreto ed effettivo atteggiarsi del diritto — che si delineano gravi problemi di compatibilità con la Costituzione: non solo per la già segnalata anomalia di un sistema di reati associativi politici contraddistinto dalla «sconcertante giustapposizione di norme che hanno origini e carattere profondamente diversi» (22), ma soprattutto a causa della stessa *struttura* fondamentale del reato di associazione, caratterizzato dalla incriminazione del fatto associativo sulla base del solo programma criminoso, non essendo richiesta la realizzazione, neppure in forma tentata, dei reati-scopo. Dal punto di vista dei

(20) Art. 18 Cost.: «I cittadini hanno il diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini non vietati ai singoli dalla legge penale.

Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare».

(21) Sul significato del limite contenuto nel primo comma dell'art. 18 Cost., vedi BARILE, *Associazione (diritto di)*, cit., 844 ss.; IDEM, *La salutare scomparsa del potere prefettizio di scioglimento delle associazioni*, in *Giur. cost.*, 1967, 1251 ss.; BARTOLE, *Problemi costituzionali della libertà di associazione*, Milano, 1970, 7 ss.; DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, vol. I, 492 ss.; FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 30; MEZZANOTTE, *La riunione nella dinamica del fenomeno associativo e come valore costituzionale «autonomo»*, in *Giur. cost.*, 1970, 612; NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., 47 ss.; PACE, *Commento all'art. 18*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1977, vol. IV, 191 ss.; PALAZZO, *Associazioni illecite e illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 423 ss.; PETTA, *Le associazioni anticostituzionali*, cit., 670 ss.; PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1981, 149; RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987, 216; ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, cit., 86 ss.; SICA, *Le associazioni nella Costituzione italiana*, Napoli, 1957, 33 ss.

(22) PETTA, *Le associazioni anticostituzionali*, cit., 669-670.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principi generali del sistema, il delitto associativo si colloca cioè in una fase precedente al tentativo, assumendo così il carattere di attività preparatoria (23). Questo, evidentemente, pone delicati problemi in ordine alla compatibilità dello stesso con i principi costituzionali di materialità e di offensività del reato, i quali garantiscono, rispettivamente, dalle incriminazioni di meri atteggiamenti interiori (24) e di fatti materiali non offensivi (25) — problemi che si pongono, del resto, per l'intera categoria dei reati di pericolo astratto, cui il delitto associativo appartiene (26).

1.4. *L'*essenza *del reato associativo politico come elemento di continuità fra legislazione liberale, fascista e repubblicana.*

L'irrazionale e distorta sovrapposizione di disposizioni — anche se tutte riconducibili ad uno schema unitario di condotta associativa (27) — da cui risulta connotato l'attuale quadro normativo, conferma come la tendenza di fondo del legislatore italiano, dal periodo liberale ad oggi, si sia perpetuata con singolare continuità, sostanzial-

---

(23) De Francesco, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1987, vol. I, 292.

(24) Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 1979, sottolinea come la Costituzione, con il parlare nel secondo comma dell'art. 25 di «fatto commesso» — il quale «non è, indiscutibilmente, né una mera *Gesinnung*, nè uno stato soggettivo di pericolosità sociale» — abbia inteso «respingere ogni altro tipo di diritto penale ad impronta meramente soggettivistica e fondare il nostro diritto penale sul principio della materialità del fatto». Sull'argomento vedi Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1973, vol. XIX, 83.

(25) Sulla costituzionalizzazione del principio di «necessaria lesività» vedi Mantovani, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, Milano, 1977, vol. IV, 449 ss.

(26) In questo senso R. Bettiol, *Associazioni politiche illecite: contributo interpretativo*, in AA.VV. *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, cit., 243, il quale sottolinea che in tale categoria di reati «il pericolo per interessi meritevoli di tutela costituisce la *ratio* della incriminazione, ma non un requisito della fattispecie da accertarsi in concreto». Sui reati di pericolo vedi E. Gallo, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Milano, 1977; M. Gallo, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 1 ss.

(27) Palermo Fabris, *Il delitto di associazione*, cit., 358, che individua esattamente nello *scopo* e nella *organizzazione* posta in essere per realizzarlo i due poli attorno ai quali si sviluppa la tematica del fenomeno associativo. Sul punto, per un'ampia ed esauriente disamina, vedi, Insolera, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, 86 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente incapace di affrancarsi da una logica repressiva legata a categorie penalistiche di chiara ispirazione autoritaria.

Lo schema generale della fattispecie penale associativa — considerata nei suoi elementi essenziali e caratterizzanti, propri sia delle ipotesi criminose comuni che politiche, al di là delle difformità strutturali indubbiamente esistenti tra le stesse — è descritto con incisività da Francesco Carrara, nella voce dell'*Enciclopedia giuridica italiana*, diretta da P.S. Mancini, dedicata al reato di associazione a delinquere secondo il codice toscano. L'Autore, mentre nega che il delitto di cui all'art. 421 del citato codice sia la stessa figura prevista, sotto il nome analogo di «associazione di malfattori», nei codici francese (1810), parmense (1820) e sardo (1859), ([28]) sottolinea al contempo l'esistenza tra le menzionate figure di un fondamentale elemento di analogia, che costituisce in ultima analisi l'*essenza* del reato di associazione: «in tutte queste legislazioni — afferma Carrara — *il solo fatto dell'associazione* ([29]) ha una pena sua propria. Si ha sempre un delitto, in sé perfetto, consumato col solo associarsi anche prima di qualunque altra lesione, di diritto. Per ciascuno dei membri della associazione i quali commettono delitti speciali, deve infliggersi *la pena propria dell'associarsi* ([30]), oltre le pene speciali per gli altri delitti ai quali abbia ciascuno di loro preso parte» ([31]).

Il reato associativo, dunque, anticipa la soglia della punibilità ad un momento precedente allo stesso tentativo dei reati-scopo: in tal

([28]) Codice francese del 1810: «Art. 265. Ogni associazione di malfattori in danno delle persone e delle proprietà è un misfatto contro la pace pubblica.

«Art. 267. Questo misfatto esiste nel solo fatto di organizzazione di bande o di corrispondenza tra esse ed i loro capi, o comandanti, ovvero per quello di convenzioni dirette a rendere conto o fare distribuzione o divisione del prodotto dei misfatti.

«Art. 267. Quando questo misfatto non fosse stato accompagnato o seguito da altro, gli autori, i direttori dell'associazione, e i comandanti in capo o subalterni di queste bande, saranno puniti coi lavori forzati a tempo.

«Art. 268. Saranno puniti colla reclusione tutti gli altri individui incaricati di un servizio qualunque in queste bande, e quelli che avranno scientemente e volontariamente somministrato alle bande o alle loro divisioni armi, munizioni, strumenti di misfatto, alloggio, ricovero o luogo di riunione».

Di analogo tenore erano gli articoli 264 e seguenti del codice parmense del 1820 e 426 e seguenti del codice sardo-italiano del 1859.

([29]) Corsivo non testuale.

([30]) Corsivo non testuale.

([31]) CARRARA, *L'associazione a delinquere secondo l'abolito Codice toscano*, in *Enc. giur. it.*, diretta da P.S. Mancini, Milano, s.d., vol. I, parte IV, 1117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modo, esso si configura quale reato di pericolo, la cui *ratio* va ricercata nella probabilità di commissione di reati, cioè nella pericolosità oggettiva della condotta di associazione ([32]), derivante dalla presenza di una base organizzativa idonea a «concentrare e rendere più efficienti le diverse manifestazioni di volontà convergenti verso l'obiettivo comune» ([33]).

D'altra parte, è proprio l'affermazione — dagli ascendenti storici ormai remoti ([34]) — della particolare idoneità offensiva dell'associazione, dovuta alla sua elevata capacità di portare a compimento un determinato programma criminoso, a costituire la necessaria premessa teorica su cui fondare la repressione dell'organismo associativo in quanto tale. La struttura delle disposizioni penali sulle associazioni con scopi illeciti risulta così imperniata sulla collaudata tecnica legislativa della «anticipazione» del pericolo, operante in particolar modo nei delitti contro lo Stato ([35]).

Ma è proprio nella materia politica che una siffatta tecnica appare tanto più rischiosa e discutibile: la valutazione «anticipata» del pericolo, infatti, si risolve necessariamente e senza alternative in un'indagine sull'*elemento intenzionale*, in genere desunto dal *programma* del sodalizio, a prescindere dalla sua effettiva e concreta realizzazione. Nell'ambito della repressione politica, pertanto, ciò che viene in considerazione è in realtà l'*intenzione rivoluzionaria* emergente da un determinato *programma politico*, radicale fin che si vuole, e fin che si vuole eversivo dell'esistente, ma pur sempre

([32]) PALAZZO, *Associazioni illecite*, cit., 429.

([33]) BRICOLA, *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, vol. XII, 125.

([34]) La prassi ottocentesca relativa allo scioglimento delle associazioni pericolose per la sicurezza dello Stato era fondata proprio sull'assunto della forza offensiva insita nel vincolo associativo. Significativa in tal senso l'affermazione di Minghetti, nel corso del dibattito parlamentare svoltosi alla Camera dei deputati dal 3 all'11 dicembre 1878: «È vano dire che le associazioni sono fatte per dibattere problemi; no: esse non sono accademie. L'associazione è un organismo, il quale moltiplica le forze di coloro che la compongono, è un congegno per arrivare al fine più prontamente; essa ha uno scopo di azione, e s'apparecchia con tutti i mezzi che all'azione finale conducono» (in ARANGIO-RUIZ, *Associazione (diritto di)*, in *Enc. giur. it.*, a cura di P.S. Mancini, Milano, s.d., vol. I, parte IV, 961). Un concetto analogo viene espresso, tra gli altri, da PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, Firenze, 1880, vol. III, 185 ss.; MINGUZZI, *Il limite delle attività avverse alla Costituzione*, Milano, 1899, 172 ss.; BRUNIALTI, *Associazione e riunione (diritto di)*, in *Dig. it.*, Torino, 1893-99, vol. IV, parte II, 47.

([35]) FIORE, *I reati di opinione* cit., 16, nota 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

espressione di un indirizzo ideologico non tradottosi — o, almeno, non ancora tradottosi — in *atti di violenza*.

In questo senso, appare ricca di suggestioni l'ipotesi teorica — elaborata in riferimento al reato di associazione per delinquere (art. 416 c.p. Rocco), ma estensibile, a causa delle segnalate analogie strutturali di fondo, anche ai reati di associazione politica — che, richiamandosi alla dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, e così individuando nella associazione per delinquere una *istituzione criminale* (36) che agisce all'interno della più ampia istituzione dello Stato, rileva che «l'esistenza di un sodalizio criminoso determina un contrasto tra due ordinamenti giuridici che si propongono la realizzazione di scopi antitetici». In conseguenza di ciò, l'art. 416 c.p. si risolve in una forma di «*autotutela* originaria» dell'ordinamento statuale, il quale ravvisa nella sola sussistenza dell'ente criminoso una insidiosa minaccia non solo all'integrità, ma all'esistenza stessa dei valori fondamentali di cui è portatore (37).

Del tutto coerente rispetto alla descritta funzione della norma incriminatrice è la definizione del bene giuridico che attraverso la medesima si intende tutelare, l'*ordine pubblico*, identificato con le «condizioni giuridiche di esistenza dell'ordinamento statuale... il quale si vede contraddetto nelle strutture essenziali e negato nelle sue prerogative di ordinamento giuridico primario ed esclusivo, supremo regolatore della vita sociale» (38) e còlto quindi nella sua tipica connotazione ideologica di conservazione della struttura politico-istituzionale esistente, di cui si assume l'intangibilità (39).

(36) Definita utilizzando i criteri di identificazione dell'istituzione indicati da SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, 35 ss.

(37) PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971, 176 ss.

(38) PATALANO, *op. cit.*, 182.

(39) L'ordine pubblico c.d. ideologico tende ad identificarsi «con una struttura politica affermata come essenziale, da garantire anche con la forza contro ogni manifestazione contraria, pur se limitata alla sola espressione del pensiero, espressione di critica verso le istituzioni, o di propaganda o di apologia di istituzioni diverse, e soprattutto dello smantellamento di quelle esistenti» (BARILE, *La salutare scomparsa*, cit., 1252). L'inevitabile approdo della ricostruzione teorica di Patalano ad una siffatta nozione di ordine pubblico, inammissibile in un sistema politico a struttura democratica, è criticamente segnalato da INSOLERA, *L'associazione*, cit. 185 ss., il quale giudica «non accettabile il procedimento di astrazione che conduce a considerare *valore* autonomo il conflitto ideale tra ordinamento statuale e complesso sistematico e normativo rinvenibile nell'associazione per delinquere». Sul significato «materiale» dell'ordine pubblico nell'attuale ordinamento repubblicano, vedi PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come si vedrà, nella giurisprudenza penale di fine secolo riguardante i delitti contro l'ordine pubblico — e particolarmente il reato di associazione per delinquere, utilizzato assai di frequente nella repressione antianarchica — quest'ultimo viene inteso proprio in tale colorazione *lato sensu* politica, di difesa ad oltranza degli ordinamenti economici e sociali costituiti nello Stato ([40]).

È evidente, a questo punto, come la *ratio* della incriminazione dell'associazione per delinquere, individuata nel contrasto insanabile tra istituzioni, tra ordinamenti che perseguono finalità tra loro antitetiche, debba *a fortiori* ravvisarsi nelle fattispecie associative politiche, costituenti espressioni di un contrasto analogo — ed ideologicamente assai più grave, nonostante le scarse possibilità di realizzazione — tra ordinamento statuale e «istituzione rivoluzionaria» ([41]). Anche in questo caso, l'oggetto della tutela — la «sicurezza dello Stato» nel codice del 1889, la «personalità» dello Stato» nel codice del 1930 — allude ad una istanza di pura conservazione, ed ha come inevitabile conseguenza la configurazione del delitto politico in termini di mera *disobbedienza al comando*, al di fuori di qualsiasi considerazione in ordine alla effettiva idoneità lesiva di beni ed interessi oggettivamente rilevabili ([42]).

---

italiana, in *Arch. giur.*, 1963, 111 ss.; Id., *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 1777 ss.; PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1964, vol. VIII, 136 ss. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, 359 ss.; CORSO G., *Ordine pubblico (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980,vol. XXX, 106 ss. FIORE, *Ordine pubblico (diritto penale)*, cit., 1084 ss.

([40]) FIORE, *Ordine pubblico*, cit., 1090.

([41]) Contrasto perfettamente sintetizzato nell'art. 270 c.p. sulle associazioni sovversive. Sul punto, cfr. INSOLERA, *L'associazione*, cit., 185 e nota 106. Lo stesso SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 198, analizzando il caso degli ordinamenti giuridici considerati illeciti dallo Stato, così si esprime in relazione alle ipotesi associative contenute nel codice penale del 1889: «In questi casi, l'ordinamento statuale investe con la massima forza di cui dispone gli ordinamenti che minacciano la sua esistenza o, per lo meno, i beni più importanti che esso vuole proteggere e, lungi dal riconoscere agli ordinamenti medesimi il carattere di «ordinamenti giuridici», li colpisce come i più gravi fatti antigiuridici, cioè come reati. Così l'antitesi fra il diritto dello Stato e quello interno di siffatte organizzazioni culmina nella sua più tipica manifestazione».

([42]) Sull'utilizzazione dei diritto penale in funzione repressiva del dissenso politico, vedi FIORE, *I reati di opinione*, cit.; SCHMINCK, *Stato di diritto e movimento operaio. Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in *Studi storici*, 1970, 445 ss.; SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, II, 1977, 608 ss.; PANACIA, *Il delitto politico*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In definitiva, dunque, la descritta risposta penale dello Stato all'associazionismo politico anticostituzionale ha il preciso significato di una affermazione della assoluta supremazia del proprio ordinamento e della sottrazione dei propri valori e principi fondanti ad ogni possibilità di messa in discussione.

Il conflitto di cui si assume l'esistenza si svolge tutto sul piano astratto, della contrapposizione ideologica radicale: ne consegue che la norma penale attraverso la quale si pretende di dare ad esso una soluzione *preventiva* rispetto a qualsiasi concreto accadimento dovrà necessariamente ascriversi al modello archetipico del *crimen laesae majestatis*, inteso nella sua essenza di duttile strumento di repressione del dissenso ideologico, sia esso espresso in forma individuale od organizzata.

2. *L'evoluzione legislativa in tema di reato associativo nell'ordinamento statutario. L'utilizzazione di fattispecie comuni nella repressione del dissenso politico.*

2.1. *Motivazioni ideologiche e conseguenze pratiche della assimilazione tra dissenziente politico e delinquente comune.*

Paradossalmente, nel processo storico di *costruzione* del reato associativo le tradizionali fattispecie — propriamente politiche — della «cospirazione» e della «banda armata» (previste dagli artt. 134 e 131-133 del codice Zanardelli) rivestirono un ruolo affatto secondario, non essendo quasi mai utilizzate per colpire le associazioni contrarie all'ordine costituito ([43]): a tal fine, si fece piuttosto ricorso

nel sistema penale italiano, Padova, 1980; PADOVANI, *Bene giuridico*, cit.; COLAO, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da «delitto fittizio» a «nemico dello Stato»*, *Milano, 1986*.

([43]) Art. 134 (Cospirazione).

Quando più persone concertano e stabiliscono di commettere con determinati mezzi alcuni dei delitti preveduti negli artt. 104, 117, 118, 120 e nel primo capoverso dell'art. 128, ciascuna di esse è punita: 1 — nei casi degli artt. 104 e 117, con la reclusione da otto a quindici anni; 2 — nel caso dell'art. 118, con la reclusione da quattro a dodici anni e, in quello dell'art. 120, con la detenzione da due a sette anni.

Art. 131 (Banda armata).

Chiunque, per commettere alcuno dei delitti preveduti negli artt. 104, 117, 118 e 120, forma una banda armata, o esercita nella medesima un comando superiore od una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alle incriminazioni *comuni* dell'«associazione per delinquere» (art. 248 c.p.) e della c.d. «associazione sediziosa» (art. 251 c.p.) (44), entrambe rientranti nella categoria dei delitti contro l'ordine pubblico.

È pertanto necessario fermare l'attenzione su una vicenda ad un tempo singolare e complessa, caratterizzata da una interazione continua tra scelte legislative e giurisprudenziali, che si snodò attraverso l'applicazione in materia politica di fattispecie comuni, e poi — in sede di riforma legislativa — con il recepimento di queste nella connotazione *lato sensu* politica di fatto assunta. E furono proprio tali contenuti normativi ad essere trasfusi, sostanzialmente inalterati, nel sistema dei delitti contro la personalità dello Stato del codice del 1930.

Da un punto di vista generale, questa vicenda si inserisce — rappresentandone la manifestazione estrema — in un contesto di *assimilazione tra dissenziente politico e delinquente comune*, che si espresse sia nell'uso ristretto, per quanto possibile, dello strumento penalistico — privilegiandosi interventi di tipo preventivo, affidati all'autorità di pubblica sicurezza — sia, qualora la celebrazione del processo penale non fosse ulteriormente rimandabile, attraverso la negazione del crisma della politicità alle organizzazioni antagoniste di classe, applicando loro, come si è detto, fattispecie criminose comuni.

È possibile, in altri termini, individuare un disegno così concepito: in situazioni di normalità, in cui non fossero presenti tensioni sociali di vaste proporzioni, il controllo del dissenso politico avveniva attraverso l'ordinario operare di misure preventive di polizia, costituite da provvedimenti puntuali, quali divieti e scioglimenti di riunioni, limitazioni della libertà di stampa, decreti di scioglimento di associazioni, controlli di polizia, perquisizioni, ammonizioni, comminazioni della misura del domicilio coatto (45), cioè da atti ammi-

---

funzione speciale, è punito con la reclusione o con la detenzione da dieci a quindici anni. Tutti gli altri che fanno parte della banda sono puniti con la reclusione o con la detenzione da tre a dieci anni.

(44) L'espressione «associazione sediziosa» è usata da De Rubeis, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, in *Enc. dir. pen.*, a cura di E. Pessina, Milano, 1907, vol. VII, 1057.

(45) Sulle misure di prevenzione nello Stato liberale, e sulla loro natura amministrativa, vedi Amato, *Individuo e autorità*, cit., in particolare p. 223 ss.; Mereu, *Cenni stori-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nistrativi sostanzialmente incontrollabili, dati i caratteri tutt'altro che garantisti della giurisdizione amministrativa ([46]), o da atti di governo, comunque insindacabili ([47]). Il momento della repressione penale, dal canto suo, presenta a un carattere — per così dire — residuale rispetto all'adozione di strumenti preventivi: soltanto quando questi ultimi apparissero insufficienti a fronteggiare il progressivo acuirsi del conflitto sociale, si addiveniva alla configurazione in termini di illecito penale delle attività di opposizione politica radicale che in tale situazione di conflitto ormai generalizzato si inscrivevano.

Questo fenomeno è spiegabile sotto diversi profili, a prescindere dall'ovvia considerazione del legame diretto, di dipendenza gerarchica, tra potere esecutivo e apparato della pubblica sicurezza, che determina un rapporto di completa affidabilità, preferibile anche ad

---

ci sulle misure di prevenzione nell'Italia «liberale» (1852-1894), in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, 197 ss.

([46]) La tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi del singolo lesi da un atto illegittimo della pubblica amministrazione trovava un ostacolo pressoché insormontabile nella interpretazione restrittiva — affermatasi in dottrina e in giurisprudenza — della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, sull'abolizione del contenzioso amministrativo. Il criterio di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo venne infatti fondato sul concetto di «affievolimento» o «degradazione» del diritto soggettivo ad interesse legittimo di fronte ad un provvedimento autoritativo discrezionale dell'amministrazione, con conseguente competenza del giudice amministrativo, cioè di «quella speciale giurisdizione che il privilegio dell'amministrazione ha creato sul continente al fianco di questa per giudicare i suoi provvedimenti». Stando così le cose, evidentemente, le libertà «proprio quando hanno di fronte i poteri autoritativi dell'amministrazione pubblica, sono intrinsecamente sprovviste della natura di diritti e valgono invece come interessi che, secondo la concettuologia del tempo, sono protetti soltanto nei limiti in cui lo consente quello definito pubblico» (AMATO, *Libertà (dir. cost.)*, cit., 297). Sulla formazione del sistema italiano di giustizia amministrativa, vedi NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 57 ss.

([47]) Proprio quest'ultimo sembra essere il caso dei decreti di scioglimento delle associazioni politiche «sovversive», atti privi di qualsiasi fondamento legislativo e completamente rimessi alla discrezionalità del potere esecutivo. Di notevole interesse, a questo proposito, la sentenza 10 novembre 1893 della IV Sezione del Consiglio di Stato, in *Giust. amm.*, 1893, 544, secondo cui «frammezzo al dissenso dei pubblicisti intorno alla definizione dei criteri oggettivi per contraddistinguere gli atti dipendenti dall'esercizio del potere politico, una cosa sola apparisce certa, ed è che tali atti involgono sempre interessi d'ordine generale attinenti alla *sicurezza interna ed esterna dello Stato*, per modo che di loro natura, onde riuscire efficaci, debbono necessariamente essere affidati alla iniziativa ed alla pronta azione del Governo senza inciampi di sorta».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una magistratura priva di reale indipendenza ([48]). Appare evidente, prima di tutto, come la snellezza operativa degli organi di polizia — rispetto alla inevitabile ritualità delle procedure giudiziarie — consenta interventi rapidi e tempestivi, dotati di un elevato grado di efficacia, aumentato da quella assenza di controlli cui si faceva riferimento in precedenza ([49]).

A questa prima spiegazione, più propriamente legata al concreto atteggiarsi delle modalità di intervento, si affianca un'importante notazione di carattere ideologico. Il processo penale politico, in realtà, comporta necessariamente una «drammatizzazione» del conflitto, in cui gli attori dello scontro sociale si fronteggiano in maniera aperta e diretta, e la repressione della devianza politica viene finalmente strappata all'atmosfera discreta e rassicurante (per i detentori del potere) delle questure ([50]). Ciò comporta una serie di conseguenze di estremo rilievo: in primo luogo, la cruda materializzazione dell'istanza repressiva in cui si traduce il più delle volte il processo penale politico porta inevitabilmente con sé il «rischio» di una presa di coscienza solidale da parte di settori dell'opinione pubblica rispetto alle ragioni degli oppositori politici processati. Determinante in questo senso diviene lo stesso esercizio del diritto di difesa, specialmente quando realizzato nella forma dell'autodifesa ([51]), quale efficace

---

([48]) Sulla posizione di subalternità della magistratura rispetto al potere politico nel periodo liberale, vedi D'ADDIO, *Politica e magistratura 1848-1882*, Milano, 1966; MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, 1967; NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura 1870-1922*, Bari, 1969, che, attraverso l'analisi di un'ingente mole di materiale d'archivio e di decisioni giudiziarie, documenta ad un tempo le pressioni esercitate dall'esecutivo sul potere giurisdizionale nella tormentata materia dei delitti contro la libertà del lavoro, e l'innata *vocazione d'ordine* della magistratura, partecipe della medesima ideologia conservatrice dei detentori del potere politico, data la sostanziale omogeneità delle classi sociali di appartenenza.

([49]) AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 240, evidenzia l'*agilità amministrativa* delle misure preventive, «la cui sostituzione alle forme giudiziarie significò in realtà esposizione della libertà individuale ad ingerenze incontrollabili e in genere arbitrarie».

([50]) In riferimento ai grandi processi politici, LOI, *Libertà di associazione*, cit., 329, parla incisivamente di «*teatralizzazione* giudiziaria dei conflitti sociali».

([51]) Sulle tecniche di difesa nei processi ai socialisti vedi SCHMINCK, *Stato di diritto,* cit., 466 ss., il quale distingue tra un atteggiamento processuale concretantesi nel tentativo di dimostrare che le agitazioni socialiste non costituiscono mai un delitto, neppure quando si traducono in episodi insurrezionali, in quanto sono espressione delle tendenze obiettive dell'evoluzione storica (come la famosa arringa di Enrico Ferri nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strumento di pubblica affermazione delle posizioni ideologiche degli imputati. Trovano così spiegazione gli orientamenti favorevoli al silenzio-stampa sui processi politici: Florian, ad esempio, indica tra le misure di polizia preventiva da adottare «il divieto assoluto di pubblicare su pei giornali il resoconto dei dibattimenti, che riguardano gli anarchici», giacché «coteste pubblicazioni non servono che a favorire la propaganda e l'apologia della violenza brutale ed insensata» ([52]).

In definitiva, l'esito in qualche modo contraddittorio dei processi politici — che ben spiega la riluttanza a servirsi della repressione penale e la preferenza accordata alle misure di carattere preventivo — è dato dalla *legittimazione*, per quanto anomala e distorta, degli imputati nel ruolo di avversari politici, e quindi dalla loro sottrazione all'area della delinquenza comune, in cui li si vorrebbe confinati ([53]).

In questo quadro, non è difficile comprendere il preciso significato ideologico dell'applicazione di disposizioni penali comuni agli avversari politici, senza peraltro sottovalutare le importanti conseguenze pratiche di una siffatta scelta repressiva: escludere un determinato comportamento dal novero dei reati politici significava infatti escludere l'autore, o gli autori, dal godimento di alcuni importanti privilegi tradizionalmente connessi alla politicità del reato. Questi consistevano nel divieto di estradizione ([54]); nella competenza delle

---

processo di Venezia del 1886 contro i contadini mantovani, pubblicata in *Difese penali e studi di giurisprudenza*, Torino, 1899, 1 ss.), ed una prassi intransigente, secondo cui categorie giuridiche e amministrazione della giustizia sono in realtà del tutto funzionali al potere e alla repressione politica, e sono quindi integralmente da respingere.

([52]) FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1915, vol. II, 181.

([53]) Come sottolinea COLAO, *Il delitto politico*, cit., 34, negare lo *status* di opposizione politica alle organizzazioni del movimento operaio «avvalora l'immagine di uno stato costituzionale che accetta il dissenso politico espresso nei canoni della legalità statuale; e che confina d'altro canto nel settore della delinquenza comune la conflittualità politica e sociale, da controllare col ricorso a provvedimenti di polizia che teoricamente non inficiano la natura garantista del codice».

([54]) Secondo COLAO, *Il delitto politico*, cit., 38, «l'allarme sociale destato in Europa da alcuni attentati anarchici contribuisce a mutare il senso comune della dottrina e della legislazione in merito al rapporto tra estradizione e delitto politico. Si delinea infatti la tendenza a restringere concettualmente la nozione di delitto politico per escludere le manifestazioni di radicale antagonismo del potere politico espresso dalla borghesia europea. La conflittualità violenta ridotta a delinquenza comune può quindi essere estradata». In merito alla concedibilità dell'estradizione per gli autori di delitti anarchici vedi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Corti d'assise, con l'intervento dei giurati, prevista dall'art. 9 del codice di procedura penale del 1865 per i reati contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato — assai temuta, dal momento che la presenza dei giurati «poneva, e lo si era constatato in molti casi, un problema particolare in ordine alla politica repressiva, perché una certa aura di simpatia per i rei politici portava le giurie a frequenti e clamorose assoluzioni» ([55]); e, infine, nella ricorrente applicazione di provvedimenti di amnistia, spesso destinati ai soli reati politici ([56]).

2.2. *La genesi del reato di «associazione di malfattori»: dal codice francese del 1810 al codice sardo-italiano del 1859.*

Il modulo repressivo associativo, come si è detto, venne in un primo momento soltanto adattato alle esigenze della repressione politica — si pensi all'orientamento giurisprudenziale, formatosi tra la metà degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta, vòlto a qualificare le associazioni internazionaliste come «associazioni di malfattori» *ex* art. 426 del c.p. del 1859 ([57]). Soltanto in seguito esso venne normativamente riprodotto nel sistema stesso dei delitti politici: così, le fattispecie associative politiche previste nel codice oggi vigente sono figure specifiche rispetto all'«associazione per delinquere», l'associazione criminosa per eccellenza ([58]). Si rende pertanto necessario seguirne le vicende, a partire dalla sua comparsa, concordemente fatta risalire dalla dottrina alla codificazione francese del

---

MOSCATELLI, *I delitti politici e gli attentati anarchici in materia di estradizione*, in *Riv. pen.*, XLIX, 1899, 356 ss.

([55]) SBRICCOLI, *Dissenso politico*, cit., 617-618. Sulla giuria nell'Italia liberale e sulla prassi di controllo del suo funzionamento, vedi AMODIO, *Giustizia popolare, garantismo e partecipazione*, in *I giudici senza toga. Esperienze e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, a cura di E. AMODIO, Milano, 1979, 10 s.

([56]) Sulle (numerose) amnistie politiche dall'Unità d'Italia alla prima guerra mondiale, e sulle questioni relative alla loro applicazione ed ampiezza, vedi SANTOSUOSSO, *Politicità dei reati e forme di decriminalizzazione. Amnistia e dissociazione*, in *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, cit., 353 ss.

([57]) Su questa prima giurisprudenza vedi l'attenta analisi di LOI, *La libertà di associazione*, cit., 322 ss.; vedi anche le osservazioni di COLAO, *Il delitto politico*, cit., 50-51.

([58]) PALERMO FABRIS, *Il delitto di associazione*, cit., 367-368.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1810, che per la prima volta elevò un aggregato criminale a reato a sé stante (59).

«Ogni associazione di malfattori contro le persone o le proprietà è un crimine contro la pubblica tranquillità», affermava l'art. 265 del codice napoleonico, collocato nel capitolo riguardante i «Crimini e delitti contro la pace pubblica». E il successivo art. 266: «Questo crimine esiste per il solo fatto della organizzazione delle bande, ovvero della corrispondenza fra esse ed i loro capi o comandanti, o di convenzioni tendenti a render conto dei prodotti dei misfatti o a farne la distribuzione». Sulla dizione del codice francese vennero in seguito strutturate le analoghe ipotesi criminose contenute nel codice parmense del 1821, nel codice albertino del 1847, e infine nel codice sardo-italiano del 1859 (60).

Notevolmente difforme rispetto al modello francese era invece la fattispecie di associazione di malfattori prevista dall'art. 421 del codice toscano nel titolo «Dei delitti contro gli averi altrui»: «Quando tre o più persone hanno formato una società per commettere delitti di furto, di estorsione, di pirateria, di truffa, di baratteria marittima o di frode, benché non ne abbiano ancora determinata la specie od incominciata la esecuzione, gli istigatori e i direttori son puniti con la carcere [*sic*] da tre mesi a tre anni, e gli altri partecipanti con la medesima pena da un mese ad un anno».

Come si vede, mentre il reato previsto nel codice napoleonico — e nel codice sardo-italiano — faceva esplicito riferimento a *malfatto-*

(59) UGENTI SFORZA, *Associazione di malfattori o per delinquere*, in *Digesto italiano*, Torino, 1926, vol. IV, parte II, il quale sottolinea come le antiche leggi criminali non contemplassero tale ipotesi criminosa, non essendosi saputo comprendere e valutare «tutta l'importanza della *quantità politica* che in ogni reato va considerata»; errore, questo, che indusse a collocare l'associazione di malfattori sotto il titolo generale dell'assassinio. CARRARA, *L'associazione a delinquere*, cit., 1116, segnala criticamente l'opinione che vorrebbe far risalire il delitto di associazione per delinquere all'antica *conventicula*, rispetto a cui troppo grandi sono tuttavia le differenze: «Il *conventiculum* o la *conventicula*, parola che nei primi tempi si riservò a designare una riunione ecclesiastica diretta a scopi di propagande religiose, *leg. 15 Cod. de Episcopis e Clericis*, acquistò immensa celebrità nei tempi di mezzo, dopo la fierissima bolla di Sisto V, e venne a designare una congregazione di uomini armati che si alleavano per creare turbolenze, commettere vendette, depredazioni e saccheggi; e procedere uniti e compatti alle occasioni dei loro malefizi».

Sulle origini storiche della fattispecie di associazione per delinquere vedi l'ampia ed accurata ricostruzione di INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, cit., 3 ss.

(60) Vedi *supra*, par. 1.4, nota 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ri organizzati per bande, alludendo così ad una precisa realtà sociale, individuabile nelle diverse forme di banditismo (i redattori del codice del 1810 — ricorda Zerboglio — erano letteralmente perseguitati dal ricordo delle bande resesi celebri sotto il nome di *chauffeurs*, e la nuova ipotesi criminosa fu concepita proprio per evitare il ritorno di questa forma di brigantaggio ([61])), l'art. 421 del codice toscano, escluso ogni riferimento all'esistenza di bande organizzate, individua l'essenza del delitto nell'associarsi di tre o più persone allo scopo di commettere furti od altri reati contro la proprietà. Se, dunque, nella legislazione di derivazione francese la locuzione *associazione di malfattori* fa riferimento, per lo meno in un primo tempo, ad una realtà determinata e conosciuta di aggregati criminali, la normativa toscana appare al contrario svincolata da precisi riferimenti sociologici, e orientata piuttosto a sanzionare l'*accordo di volontà* rivolto alla commissione di reati.

La difformità tra le due fattispecie criminose è còlta con grande lucidità da Francesco Carrara, il quale — sulle orme di Puccioni — sottolinea come nella figura dell'art. 421 del codice toscano «la *forza fisica oggettiva* del malefizio tutta si estrinseca nel vincolare a noi la volontà di altre due persone le quali hanno stipulato a favor nostro un patto di commettere usurpazioni sulla proprietà altrui: di commetterle in beneficio comune e di parteciparne il lucro con noi. Qui tutto finisce. La forza fisica oggettiva del reato toscano di *associazione a delinquere*, tutta si esaurisce in un *effetto morale*. Nessuno abbandona il domicilio paterno. Non vi è provvista di armi; non vi è riunione di uomini in attitudine minacciosa. È una società in partecipazione nella quale ciascuno opera isolatamente, salvo le facilitazioni e i sussidi che l'occasione potrà richiedere» ([62]).

([61]) ZERBOGLIO, *Delitti contro l'ordine pubblico*, in *Trattato di diritto penale*, coordinato da E. Florian, Milano, 1935, vol. IV.

([62]) CARRARA, *L'associazione a delinquere*, cit., 1117. L'Autore ritiene pertanto che «il delitto di *associazione a delinquere* è un delitto di creazione toscana, e che quello che altrove (Francia, Parma, Sardegna) corre sotto il titolo di *associazione di malfattori* è un titolo sostanzialmente differente nelle forze che lo costituiscono; è un titolo di antichissima data, ma che non ha ragione d'esistere come titolo speciale bastando all'uopo i titoli di violenza pubblica, di furto violento, ed altri derivanti dalla specialità dei diritti aggrediti i quali vengono per tal guisa a rientrare tutti nelle rispettive nozioni scientifiche aggravabili per le circostanze tutte soggettive ed oggettive che ricorrono nei singoli casi» (1118).

Di contrario avviso è GAROFALO, *Associazione per delinquere*, in *Enciclopedia*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le due matrici — quella «sociologica» del codice francese, e quella toscana prefigurante un modello astratto di associazione criminosa — confluiranno in seguito nella formulazione dell'art. 248 del codice Zanardelli ([62bis]). Ma nei decenni precedenti l'approvazione del nuovo codice penale, una serie di fattori — analizzati da Insolera in un approfondito studio sull'associazione per delinquere ([63]) — determinarono un processo di *astrazione* della fattispecie di cui all'art. 426 c.p. del 1859. Tali fattori si compendiano in due aspetti fondamentali: in primo luogo, la crescente utilizzazione, nel controllo sociale, della legislazione eccezionale, delle misure preventive di polizia, nonché dell'intervento militare nelle ipotesi di più gravi disordini, comportarono «l'obsolescenza della fattispecie della *associazione di malfattori*, come strumento penale ordinario, orientato contro precise e storicamente determinate forme di criminalità» ([64]). In giurisprudenza, parallelamente, si verificò una perdita di specificità dell'elemento normativo *associazione*: da un lato, infatti, «la qualifica di malfattore viene interpretata in modo estremamente generico, negando un apprezzamento normativo della dizione», mentre, d'altro canto, «la ridefinizione del concetto di malfattore implica il definitivo prevalere di due soli elementi nella configurazione del reato: l'associazione e lo scopo» ([65]).

---

giuridica italiana, diretta da P.S. Mancini, Milano, s.d., vol. I, parte IV, 1112, secondo il quale i casi previsti dall'art. 421 del codice toscano dovrebbero in realtà ritenersi compresi nella più ampia ipotesi delineata dal legislatore francese: «se è vero che il codice francese tende principalmente con quell'articolo alla prevenzione del *brigantaggio* e delle *guerrille*, non mi sembra dubbio né pare che la ipotesi dell'articolo medesimo sia così lunga da abbracciare anche i casi dell'art. 421 del codice toscano. Infatti l'art. 266 del codice francese, non parla solo di bande organizzate, ma anche di "*convenzioni* tendenti a rendere conto dei prodotti dei misfatti o a fare la distribuzione"».

([62bis]) INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, cit., 13.

([63]) INSOLERA, *op. cit.*

([64]) Il ricorso alle leggi eccezionali e alle dichiarazioni di stato d'assedio — con la conseguente istituzione di Tribunali militari straordinari — costituì un carattere costante della gestione dell'ordine pubblico nel periodo liberale: sui caratteri di tale gestione vedi MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Bologna, 1980. Sulle vicende della legislazione eccezionale di pubblica sicurezza vedi DE ROSA, *Sicurezza pubblica*, in *Dig. it.*, Torino, 1895-1902, vol. XXI, parte III, sez. II, 360 ss. Sulla frequente utilizzazione dello stato d'assedio vedi VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, in *Rivista di storia contemporanea*, 1976, 481 ss.

([65]) INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, cit., 33-34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'ipotesi delittuosa viene così progressivamente depurata dai connotati oggettivi legati alla peculiarità della sua origine storica: con un processo che troverà uno dei suoi momenti fondamentali nella codificazione del 1889 e nelle successive scelte giurisprudenziali, e che si compirà definitivamente con la normativa del codice Rocco del 1930, si operò in sostanza una tendenziale riduzione della fattispecie ad un modello minimale di condotta criminosa associativa, imperniato sulla esistenza di una organizzazione — tanto rudimentale da sfumare spesso nel semplice accordo — destinata a realizzare uno scopo penalmente illecito dai contorni sempre più indefiniti.

All'interno di questo percorso evolutivo si situa l'applicazione dell'art. 426 c.p. agli affiliati all'Internazionale, perfettamente funzionale a quella logica di assimilazione tra dissenziente politico e delinquente comune di cui si sono in precedenza seguiti i notevoli vantaggi dal punto di vista pratico (applicazione della estradizione, esclusione dalle amnistie, sottrazione al giudizio delle giurie popolari) ed ideologico. Nella qualificazione di «associazione per delinquere» riservata dalla giurisprudenza alle associazioni internazionaliste, è già rintracciabile con chiarezza il progressivo distacco dall'originaria matrice sociologica che coinvolse la fattispecie. Dal punto di vista contenutistico, tale processo si manifestò essenzialmente attraverso la definizione dello *scopo* dell'associazione, e quindi della politicità o meno del reato associativo, nonché del significato da attribuirsi alla presenza di una *organizzazione*, e dei parametri in base ai quali fosse possibile affermarne in concreto la sussistenza (66): temi, questi — come si vedrà —, destinati più tardi ad assumere una importanza decisiva nelle sentenze di fine secolo relative alle associazioni anarchiche e socialiste.

2.3. *L'art. 248 del codice Zanardelli come formalizzazione legislativa del «processo di astrazione» della fattispecie associativa comune. Il passaggio dal concetto di «pubblica tranquillità» al concetto di «ordine pubblico».*

La formalizzazione legislativa del processo di «astrazione» del-

(66) Sull'orientamento giurisprudenziale favorevole all'applicazione dell'art. 426 c.p. sardo-italiano alle associazioni internazionaliste, vedi Loi, *La libertà di associazione*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la fattispecie di associazione di malfattori fu attuata con la codificazione del 1889, e trovò i suo cardini fondamentali nel mutamento dell'oggetto della tutela, con il passaggio dalla categoria della «pubblica tranquillità» a quella dell'*ordine pubblico* — evento di estremo rilievo, su cui ci si soffermerà tra breve — e nel definitivo abbandono della qualifica di *malfattore*: è proprio con l'art. 248 del codice Zanardelli, infatti, che si inaugura il *nomen juris* di «associazione per delinquere». «Gli associati — si legge nella Relazione del Ministro sul Progetto del maggio 1883 — debbono rispondere del reato pel solo fatto di aver preso parte ad una associazione per delinquere, qualunque fossero le loro precedenti qualità; ciò che ha consigliato di abbandonare il titolo di *associazione di malfattori*, d'onde potevano scaturire dubbiezze e controversie, come attualmente accade» (67).

Così, mentre veniva eliminato alla radice il dubbio, derivante dalla utilizzazione del termine «malfattori», che l'associazione criminosa dovesse ritenersi costituita necessariamente da pregiudicati, ci si allontanava definitivamente da quel riferimento al fenomeno del banditismo che aveva segnato la nascita della fattispecie nel codice francese del 1810.

Ancora: l'associazione di malfattori era rivolta a commettere delitti *contro la proprietà*, secondo il codice toscano, ovvero *contro le persone e le proprietà*, secondo il codice sardo-italiano del 1859. Il Progetto ministeriale di codice penale del 1887 prevedeva, all'art. 239, la punizione, in genere, di qualunque associazione diretta a *commettere delitti benché di specie non ancora determinata*. La Commissione della Camera dei deputati ritenne questa formulazione inaccettabile, a causa della sua indeterminatezza, «e ciò per il pericolo facilissimo di confondere qualche volta *un'innocua associazione politica* (68) con una società criminosa; e ciò anche perché a costituire il reato speciale di che trattasi, occorre che sia ben chiaro e determinato il fine od i fini delittuosi, ai quali si mira» (69). La Commissione propose quindi la dizione poi divenuta definitiva, che puniva l'associazione di cinque o più persone diretta a commettere de-

(67) *Relazione* del Ministero Zanardelli, citata da CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1894, 43.

(68) Corsivo non testuale.

(69) *Relazione* della Commissione della Camera dei Deputati, citata da CRIVELLARI, *Il Codice penale*, cit., 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

litti contro l'amministrazione della giustizia, o la fede pubblica, o l'incolumità pubblica, o il buon costume o l'ordine delle famiglie, o contro la persona o la proprietà ([70]).

Tuttavia, la modificazione apportata al testo originario della disposizione non fu affatto sufficiente ad impedire che l'art. 248 venisse utilizzato anche per la repressione penale delle associazioni politiche, e in particolare delle associazioni anarchiche, nelle cui finalità la giurisprudenza riconobbe gli scopi delittuosi previsti dalla fattispecie di associazione per delinquere.

Ma, come si è detto, l'innovazione più significativa riguardò il passaggio dal concetto di «pubblica tranquillità» alla formula dell'*ordine pubblico* come oggetto giuridico di categoria di una serie di ipotesi criminose destinate alla repressione di ogni fatto che «per la varietà delle offese o per la diffusione di cui è suscettivo, attacca il buon assetto o perturba il regolare andamento del vivere civile, ancorché non sia stata recata una lesione immediata a verun diritto privato o pubblico» ([71]).

L'abbandono del concetto di pubblica tranquillità — in cui prevale la considerazione del turbamento materiale della quiete collettiva e degli stati d'animo soggettivi ad essa corrispondenti, che si intende evitare «mediante divieti e penalità che tendono a restringere la libertà d'azione o di movimento di persone o classi "pericolose", e mirano a stroncare momenti di organizzazione della delinquenza e ad evitare, comunque, occasioni ed incentivi a delinquere» ([72]) — e la contestuale creazione di una classe di reati aggregati, dal punto di vista sistematico, intorno ad una formula vaga, di per sé oscura e priva di una sostanza concreta ([73]), come quella, appunto, dell'ordine

([70]) Nel presentare al Re il testo definitivo del codice, il ministro Zanardelli così scriveva: «Mi parve savio e prudente seguire il consiglio della Commissione della Camera elettiva, con l'indicare all'art. 248 la specie di delitti che possono costituire l'associazione criminosa prevenuta nel Capo II. Non è veramente giustificata, né opportuna la limitazione esistente nel codice sardo, che parla di associazione per commettere reati soltanto contro le persone o le proprietà (art. 426); ma l'ammetterla per qualunque delitto, e, *benché di specie non determinata*, avrebbe potuto facilmente dare adito a pericolose interpretazioni» (*Relazione* al Re del Ministro Zanardelli, citata da CRIVELLARI, *Il Codice penale*, cit., 49).

([71]) *Relazione ministeriale* sui Libri II e III del *Progetto di codice penale*, tit. V, CXII, 157.

([72]) FIORE, *Ordine pubblico*, cit., 1088.

([73]) Così ZERBOGLIO, *Delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblico, debbono essere attentamente valutati sotto due diversi profili.

Un primo profilo concerne la *valenza oggettivamente politica* del concetto in parola, che emergerà in tutta la sua evidenza proprio dall'analisi della giurisprudenza sulle associazioni anarchiche e socialiste; il secondo, assolutamente inscindibile dal primo, riguarda la creazione di una nuova fattispecie associativa, l'art. 251, collocata tra i delitti contro l'ordine pubblico, eppure senza alcun dubbio connotata in senso politico.

La colorazione politica della categoria dell'ordine pubblico deriva dal livello di astrazione che la stessa appare idonea ad esprimere: il superamento concettuale della necessaria sussistenza di un effettivo pericolo di lesione concreta della sicurezza dei consociati come presupposto della sanzione penale — su cui si era fondata, pur nell'indubbia valenza preventiva, la nozione di pubblica tranquillità — doveva inevitabilmente portare con sé la tendenza ad una configurazione dell'interesse protetto in termini «ideali», identificandolo in ultima analisi con la «tutela conservativa degli ordinamenti sociali ed economici costituiti nello Stato», e cioè con il «complesso di valori e princìpi "fondamentali" contro i quali non può dirigersi neanche la parola» (74).

L'insuccesso di ogni tentativo di definizione compiuta ed esauriente del concetto di ordine pubblico (75) trova una spiegazione nelle incisive parole di Zerboglio: «Non si sa definire "l'ordine pubblico" perché non c'è; e quello che c'è, è una creazione del legislatore che può venire accolta come tutte le "creazioni" del legislatore ma solo sotto il profilo di una ingiunzione, di una soluzione di "forza"» (76).

L'ordine pubblico, dunque, si mostra per ciò che effettivamente è: una *creazione del legislatore*, priva di riferimento ad una realtà prenormativa sottostante chiaramente individuabile. Non si tratta, in altri termini, di un concetto dotato di una propria autonoma sostanza naturalistica, pre-esistente al momento della tutela apprestata in sede legislativa (77): si tratta, al contrario, di un vero e

(74) FIORE, *Ordine pubblico*, cit., 1090 e 1091.

(75) Vedi le numerose opinioni dottrinali passate in rassegna da ZERBOGLIO, *Delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 9 ss.

(76) ZERBOGLIO, *Delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 4.

(77) Sulla natura necessariamente prenormativa del bene giuridico e sull'esigenza di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proprio «contenitore ideologico», concepito dall'arbitrio del legislatore, che può essere riempito dei più diversi significati, in relazione al continuo evolversi dei rapporti di forza tra i soggetti sociali, rivelando in tal modo la propria natura di flessibile ed efficace strumento repressivo.

2.4. *La nuova ipotesi criminosa della «associazione sediziosa» (art. 251 c.p.).*

Una prova evidente dell'«anima politica del concetto di ordine pubblico» — per usare ancora le parole di Zerboglio ([78]) — è ravvisabile proprio nella citata creazione della nuova fattispecie associativa di cui all'art. 251 c.p. e nella sua costante utilizzazione in funzione difensiva degli assetti di potere consolidati, contro l'attività delle organizzazioni politiche e sindacali di classe.

L'art. 251 si riferisce alle associazioni che si propongano di commettere i reati di cui al precedente art. 247, e cioè apologia di delitti, incitamento alla disobbedienza alla legge, incitamento all'odio fra le classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità. Il carattere oggettivamente politico dell'incriminazione traspare da due elementi fondamentali: in primo luogo, dalla pertinenza delle finalità vietate — relative a condotte apologetiche o genericamente istigatrici ([79]) — alla sfera della manifestazione del pensiero, e più in particolare di un pensiero ideologicamente orientato alla contestazione radicale dell'esistente, come emerge dal riferimento alla «disobbedienza alla legge», da intendersi qui come rifiuto dell'autorità *tout court*, e ancor più dal riferimento, a dir poco inusuale in un testo normativo, alla lotta di classe — seppur tradotta in termini di «odio di classe»: il che, d'altra parte, testimonia del notevole livello di diffusione ormai raggiunto dalle dottrine marxiste e anarchiche, e conseguentemente dell'elevato grado di preoccupazione delle oligarchie politiche dominanti.

---

identificare rigorosi criteri attraverso cui pervenire ad una sua definizione anticipata, vedi INSOLERA, *L'associazione*, cit., 156. Si vedano anche, nello stesso senso, PATALANO, *L'associazione*, cit., 130; FIORE, *Ordine pubblico*, cit., 1093.

([78]) ZERBOGLIO, *Delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 3, nota 1.

([79]) Sull'utilizzazione dell'art. 247 c.p. in funzione repressiva del dissenso politico durante il periodo liberale, vedi FIORE, *I reati di opinione*, cit., 26 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il secondo aspetto rivelatore della intrinseca politicità della disposizione in esame attiene alla sua stessa struttura: mentre nella fattispecie della associazione per delinquere comune (art. 248 c.p.) è presente una graduazione di responsabilità, imperniata sulla distinzione tra capi, promotori e semplici partecipanti, l'art. 251 prevede soltanto il fatto di chi «prenda parte» ad una associazione diretta a commettere i reati di cui all'art. 247. Questa difformità strutturale fra le due ipotesi criminose ha un significato molto preciso, dal momento che è proprio nei delitti politici che, in deroga ai principi generali, non si ha una graduazione di responsabilità. A proposito dei criteri che presiedono alla tutela penale della sicurezza dello Stato si è infatti notato che «la differenza di grado nella partecipazione ai delitti contro lo Stato non comporta diversificazione di pena tra i complici. È prevista anche un'altra disposizione che aggrava la normativa dei delitti politici. Si tratta della *distinzione tra reati associativi politici e reati associativi comuni* ([80]): per quest'ultima categoria si prevedono diversi gradi di responsabilità attenuata, esclusa invece per l'associazione politica» ([81]).

Con ogni probabilità, l'inserimento nel codice Zanardelli di una disposizione così concepita fu determinato dall'estrema difficoltà di individuare all'interno della normativa penale esistente uno strumento idoneo alla repressione dei nuovi movimenti politici e sociali antagonisti. Una vera e propria lacuna normativa, che aveva iniziato a manifestarsi con una certa evidenza intorno agli anni '80, determinando, come si è detto, la formazione dell'indirizzo giurisprudenziale teso alla assimilazione delle associazioni internazionaliste alle associazioni di malfattori previste dall'art. 426 c.p. del 1859.

Vi fu, tuttavia, chi non mancò di avvertire il pericolo che la nuova incriminazione avrebbe comportato per la libertà di associazione politica, come appare dalle lucide osservazioni del deputato Marcora in seno alla Sottocommissione della Camera impegnata nella discussione del Progetto Zanardelli del 1887, e rimaste del tutto inascolta-

([80]) Corsivo non testuale.

([81]) COLAO, *Il delitto politico*, cit., 19-20. Una eccezione è costituita dal delitto di banda armata a scopo politico, la cui nota caratterizzante consiste proprio dalla struttura di tipo militare, con un capo che detiene un comando supremo ed un vincolo di comune dipendenza e di gerarchia fra il comandante ed i gregari: di qui, una comprensibile graduazione di responsabilità. Sul reato di banda armata, vedi ANDREOTTI, *Bande armate*, in *Enc. giur. it.*, diretta da P.S. Mancini, Milano, 1911, vol. II, parte I, 143 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

te: nelle memorie presentate alla Sottocommissione, Marcora aveva proposto la soppressione della disposizione, giudicata «sommamente pericolosa», in quanto avrebbe potuto «facilmente assumere un carattere tendenzioso e volgersi a colpire associazioni politiche d'ogni fatta» ([82]).

In definitiva, con l'approvazione dell'art. 251, norma dal significato sostanzialmente politico, e tuttavia inserita nel *corpus* dei delitti contro l'ordine pubblico — delitti comuni — si intendeva raggiungere il duplice obiettivo della creazione di uno strumento specificamente destinato a colpire gli avversari politici organizzati, riaffermandone tuttavia la sottrazione al godimento dei benefici tradizionalmente connessi — secondo l'impostazione illuminista — al sistema dei delitti politici.

2.5. *La legislazione eccezionale «antianarchica» del 1894.*

Al quadro normativo di riferimento costituito dai reati associativi fin qui esaminati, devono essere aggiunte le fattispecie penali previste dalla legislazione eccezionale c.d. «antianarchica» adottata nel 1894, a soli quattro anni dall'entrata in vigore del nuovo codice, nel corso di quel «decennio sanguinoso», secondo la nota espressione gramsciana ([83]), segnato dagli stati d'assedio e dalla repressione *manu militari* dei moti popolari — basti pensare al movimento dei Fasci siciliani ed ai disordini sorti nella Lunigiana nel 1894, e ancora ai tumulti per il caroviveri del 1898, sedati a Milano dalle cannonate del generale Bava Beccaris ([84]).

([82]) Sulla travagliata genesi dell'art. 251 vedi l'analitica ricostruzione di MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Torino, 1924, vol. III, 18 ss. Vedi anche VESCOVI, *Istigazione a delinquere*, in *Dig. it.*, Torino, 1901-1904, vol. XIII, parte II, 733 ss.

([83]) GRAMSCI, *La questione meridionale*, Roma, 1951, 23.

([84]) Sulla situazione di profonda crisi economica e sociale che caratterizzò gli anni Novanta, e sui tumulti che ne seguirono, vedi CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, Milano, 1977, vol. VI, *Lo sviluppo del capitalismo e del movimento operaio*; ID., *Storia dell'Italia moderna*, Milano, 1976, vol. VII, *La crisi di fine secolo e l'età giolittiana*; CAROCCI, *Storia d'Italia dall'Unità ad oggi*, Milano, 1978; COLAPIETRA, *Il Novantotto. La crisi politica di fine secolo*, Milano, 1959; CROCE, *Storia d'Italia dal 1870 al 1915*, Bari, 1967; GRADILONE, *Storia del sindacalismo. L'Italia*, Milano 1959, vol. II, parte I; LEVRA, *Il colpo di stato della borghesia*, Milano, 1975; ID., *Repressione e progetti rea-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le contraddizioni strutturali del sistema erano certo molto pesanti: ad un processo di industrializzazione essenzialmente concentrato nelle regioni nord-occidentali del paese, che richiedeva di essere governato attraverso scelte politiche adeguate alle nuove esigenze, si contrapponeva la sopravvivenza di una forte borghesia agraria meridionale, interessata al contrario alla conservazione dei rapporti sociali tradizionali. Com'è stato sottolineato, questo comportò «la formazione di un blocco di potere di tipo prussiano che, se da un lato tende a promuovere lo sviluppo industriale e capitalistico, dall'altro si preoccupa di salvaguardare e sinanco di accentuare, come condizione di questo sviluppo stesso, il sistema di gerarchie preesistenti» ([85]). Ma la salvaguardia degli equilibri di potere consolidati doveva necessariamente coincidere con l'esclusione dai processi decisionali delle componenti esterne alla oligarchia politica e sociale dominante — e cioè del proletariato urbano in continua espansione, nonché del movimento contadino che andava organizzandosi ([86]) — attraverso un significativo arroccamento autoritario dello Stato. La violenta crisi economica, estesasi dal settore agricolo a quello industriale, che culminò negli anni 1893-1894, portò alla esasperazione di un tale stato di fatto ([87]).

Dichiarazioni di stato d'assedio e legislazione eccezionale si inserirono così in un disegno politico repressivo finalizzato alla difesa ad oltranza dai pericoli esterni alla compagine borghese, da qualunque parte essi provenissero. In questa chiave deve essere interpretata l'emanazione delle leggi «antianarchiche» del 1894: esse furono in realtà concepite fin dall'inizio per colpire l'opposizione di classe organizzata, e *in primis* il partito socialista, che andava in quegli anni consolidando le proprie strutture. In esse, si rinvengono due nuove fattispecie associative: con l'art. 5 della legge n. 314/1894 si previde una figura speciale di associazione per delinquere, qualificata dallo

zionari dopo i tumulti del '98, in *Rivista di storia contemporanea*, 1975, 11 ss.; ROMANO S.F., *Storia dei Fasci siciliani*, Bari, 1959.

([85]) PROCACCI, *Appunti in tema di crisi dello Stato liberale e di origini del fascismo*, in *Studi storici*, VI, 1965, 225.

([86]) Sulle tappe dello sviluppo del movimento operaio e contadino negli anni successivi all'Unità, vedi CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, vol. VI, cit., 31 ss.

([87]) Sulle cause e i caratteri della crisi che investì l'economia italiana nella prima metà degli anni Novanta, vedi CASTRONOVO, *Storia economia dall'Unità ad oggi*, in *Storia d'Italia*, Torino, 1975, vol. IV, tomo I, LUZZATO, *L'economia italiana dal 1861 al 1894*, Torino, 1958.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scopo di commettere reati con materie esplodenti, che si differenziava dall'ipotesi generica dell'art. 248 c.p. per il numero inferiore dei componenti richiesti ad aversi associazione (tre invece di cinque) e per l'aumento delle pene da un terzo alla metà.

Inoltre, con l'art. 5 della legge n. 316/1894, a carattere temporaneo, si vietarono *le associazioni e le riunioni aventi per oggetto di sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali*.

Ed è proprio dall'analisi dei lavori preparatori e del contenuto di quest'ultimo provvedimento legislativo, così come della sua concreta applicazione, che emerge con chiarezza la pretestuosità del richiamo alla lotta all'anarchia come giustificazione di un intervento normativo diretto in realtà genericamente contro ogni forma di dissenso [88].

Il clima di allarme suscitato dall'assassinio del presidente francese Sadi Carnot, avvenuto a Lione il 24 giugno 1894 ad opera dell'anarchico italiano Sante Caserio, e dall'attentato compiuto contro Crispi il precedente 16 giugno da parte di Paolo Lega, si rivelò propizio per la presentazione alle Camere di tre progetti di legge per la repressione delle «mene anarchiche», approvati in tempi piuttosto brevi nonostante la ferma opposizione parlamentare dei radicali [89]. Nella relazione del Presidente del Consiglio e Ministro dell'interno Crispi sul disegno di legge relativo ai «provvedimenti di pubblica sicurezza» (che divenne la legge n. 316 citata), il riferimento all'anarchia è palese. «Un'accolita di forsennati — si legge nella Relazione — che si vanta senza patria, mira apertamente a sovvertire e a distruggere ogni ordinamento sociale, vuole spezzati i vincoli sacri della famiglia, manomessa la proprietà, insidiata la pace e la vita dei cittadini. E questo scopo essa si sforza di raggiungere, non raccogliendosi per discutere pacificamente i gravi problemi che agitano la società, né per porre argine ai mali e ai dolori della classi diseredate, ma *per fare propaganda di odio e di strage, per tutto distruggere senza nulla edificare. Con la dinamite e il pugnale essa vorrebbe rin-*

---

[88] Il primo atto del ministero Crispi, entrato in carica il 15 dicembre 1893, fu l'emanazione con decreto reale dei provvedimenti eccezionali per la Sicilia, con cui venne istituito lo stato d'assedio in tutta l'isola e venne affidato il governo della regione all'autorità militare, affinché debellasse il movimento dei Fasci dei lavoratori: GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, Bari, 1978, vol. II, 237.

[89] Sull'opposizione parlamentare all'approvazione delle leggi eccezionali antianarchiche vedi BOLDETTI, *La repressione in Italia: il caso del 1894*, in *Rivista di storia contemporanea*, 1977, 496 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

novare il mondo (90). A questa selvaggia propaganda si sente da tutti il bisogno di porre argine, invocando una rigorosa repressione ed un efficace rimedio preventivo» (91).

Espliciti riferimenti all'anarchia sono contenuti nella Relazione governativa che accompagnava la presentazione dei progetti al Senato, ove si parla della necessità, avvertita da ogni nazione civile, da «adottare pronti ed efficaci rimedi, a combattere virilmente questo nuovo, terribile nemico, l'*anarchia*» (92); e, ancora, nelle parole del relatore sen. Costa, che individua la finalità del disegno di legge sulla pubblica sicurezza nella tutela della società «dagli attacchi minacciati, nell'ordine dei fatti, dagli anarchici» (93).

Eppure, le disposizioni della legge n. 316, nonché alcune frasi sfuggite a Crispi nel corso della discussione dei provvedimenti, non lasciano dubbio a proposito delle reali intenzioni del legislatore.

Con la nuova legge si estesero in misura notevole i presupposti per l'applicazione del domicilio coatto (94): in deroga alle disposizioni degli articoli 123 e seguenti della legge di pubblica sicurezza 30 giugno 1889 n. 6144, non si esigeva più, per l'assegnazione a domicilio coatto di una persona ritenuta pericolosa per la sicurezza pubblica, che essa fosse ammonita o sottoposta a vigilanza speciale ed avesse riportato due o più condanne per delitto contro le persone o la proprietà, o per violenza o resistenza, o infine per contravvenzione all'ammonizione o alla vigilanza speciale, ma era sufficiente che fosse stata condannata *anche una sola volta* per qualcuno dei detti reati, ovvero per delitti contro l'ordine pubblico, o l'incolumità pubblica, o per delitti commessi con materie esplodenti (art. 1) Inoltre, si dava facoltà al governo d'inviare a domicilio coatto anche le persone che non avessero mai subito alcuna condanna, purché avessero manifestato il *deliberato proposito di commettere vie di*

(90) Corsivo non testuale.

(91) *Relazione* del Ministro Crispi sui provvedimenti di pubblica sicurezza, in MAJETTI, *L'anarchia e le leggi che la reprimono in Italia*, Catania, s.d., 41-42.

(92) *Relazione* governativa al Senato, in MAJETTI, *L'anarchia*, cit., 47.

(93) *Relazione* del Sen. Costa, in MAJETTI, *L'anarchia*, cit., 53.

(94) Sulle vicende relative alla legislazione sul domicilio coatto vedi AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 237 ss. Per la dottrina del tempo vedi, tra gli altri, CARFORA, *Domicilio coatto*, in *Dig. it.*, Torino, 1899-1902, vol. IX, parte III, 718 ss.; ANFOSSO, *Domicilio coatto*, in *Enc. giur. it.*, diretta da P.S. Mancini, Milano, 1921, vol. IV, parte VI, 665 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fatto contro gli ordinamenti sociali (art. 3), o appartenessero ad *associazioni o riunioni aventi per oggetto di sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali* (art. 5).

La formula di cui all'art. 3 è frutto di un compromesso raggiunto sulla base di un controprogetto elaborato dall'on. Lucchini, per superare l'opposizione che il progetto originario aveva suscitato non solo da parte dell'estrema sinistra, ma anche di numerosi altri deputati, alcuni dei quali filogovernativi, preoccupati del carattere apertamente reazionario del provvedimento, destinato a colpire qualsiasi avversario del governo. Nel progetto ministeriale si autorizzava la proposta di assegnazione a domicilio coatto di «coloro che siano capi o promotori o *che facciano parte di società tendenti* a mutare per vie di fatto l'ordinamento sociale dello Stato». L'emendamento proposto dall'on. Lucchini a tale disposizione fu giustificato in questi termini: «... la disposizione è stata notevolmente migliorata, perché al criterio della responsabilità indiretta e collettiva, per cui si poteva applicare il domicilio coatto a chi fosse non solo promotore, ma soltanto membro di una società avente scopi anarchici, fu sostituito quello della responsabilità individuale e diretta del manifestare apertamente l'intendimento deliberato di commettere atti selvaggi della specie che si vuol prevenire e reprimere» ([95]).

Gli oppositori dell'emendamento Lucchini osservarono che il *far parte di una società* rappresentava comunque un *fatto*, dotato di maggiore concretezza rispetto alla mera *manifestazione di proposito*; in particolare, l'on. Gianturco rilevò che mai, nella storia dello Stato italiano, si era ravvisato titolo sufficiente per intentare un procedimento di pubblica sicurezza nel semplice proposito, nella intenzione manifestata ([96]).

Di grande interesse la risposta di Crispi alle obiezioni di Gianturco: «Ho accettato l'emendamento dell'on. Lucchini perché esso completa il concetto della mia legge. *Se si trattasse di una associazione vera e propria* (e dissi, un momento fa quel che siano e come agiscano gli anarchici) avrei insistito nel mio articolo. Gli anarchici

([95]) «Naturalmente — riconosceva poi lo stesso on. Lucchini — non è escluso l'adito ad apprezzamenti, i quali potranno anche essere arbitrari; ma il credere che in una legge di questa natura si possano escludere tali apprezzamenti sarebbe assurdo perché è nell'indole sua propria di dare adito ad apprezzamenti personali ed arbitrari» (in CARFORA, *Domicilio coatto*, cit., 730).

([96]) In MAJETTI, *L'anarchia*, cit., 123.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sfuggono all'azione della giustizia appunto per il modo come agiscono. Sono una razza insequestrabile. Ogni individuo si crede padrone ed arbitro dell'azione sua; *quando si trovano in due o tre, è un miracolo...* Col mio articolo non si colpivano tutti gli anarchici. Ne conosco molti, e ce ne sono anche a Regina Coeli: ma *l'uno è diviso dall'altro*» (97).

Dunque, secondo Crispi gli anarchici associati costituiscono una autentica rarità, dal momento che «quando si trovano in due o tre, è un miracolo», e nella maggior parte dei casi «l'uno è diviso dall'altro». Ma l'art. 5 della legge — e si tratta, come si è detto, di una legge «antianarchica» — vieta le *associazioni* e riunioni aventi per oggetto di sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali, punendo i contravventori con il confino — da considerarsi «un domicilio obbligatorio avente carattere di pena per delitto» (98) — oltre la eventuale assegnazione a domicilio coatto in base al succitato art. 3, per color che abbiano manifestato i propositi sovversivi sanzionati.

Sono altre, quindi, le associazioni cui si riferisce la norma: e lo dimostrano sia la voluta genericità della sua formulazione — come emergerà dall'esame della giurisprudenza, che cercò invano di riempire di significato concreto espressioni indefinite come «sovversione degli ordinamenti sociali» e «vie di fatto» — sia la spettacolare applicazione che ebbe, pochissimo tempo dopo la sua entrata in vigore, la legge n. 316: lo scioglimento, con decreti prefettizi emessi in data 22 ottobre 1894, delle associazioni socialiste esistenti in trentacinque province del regno, seguito dall'inizio di numerosi procedimenti giudiziari.

«È chiaro — afferma Arangio Ruiz — che si è voluto colpire il socialismo: lo scioglimento simultaneo dei circoli socialisti, i processi iniziati contro ogni nucleo socialista appena promulgata la legge dimostrano chiaro il pensiero del legislatore. E questo segna, per la libertà del pensiero, un regresso» (99).

---

(97) In MAJETTI, *op. cit.*, 125.

(98) *Relazione* del Sen. Costa, in MAJETTI, *L'anarchia*, cit., 56.

(99) ARANGIO RUIZ, *Associazione (diritto di)*, cit., 966. In realtà, è pienamente da condividere il giudizio di SBRICCOLI, *Dissenso*, cit., 607-608, secondo cui l'anarchismo «fu per lungo tempo il bersaglio ideale per la liberazione delle tensioni, delle ansie, e delle ossessioni prodotte dall'insicurezza delle classi borghesi in presenza dei nuovi processi sociali. Esso fu insieme innocua spina nel fianco delle istituzioni e provvido pretesto per un crescente irrigidimento del sistema in senso autoritario e repressivo».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *Metodologia dell'indagine.*

3.1. *Le fonti di documentazione.*

L'esame della giurisprudenza, che costituisce l'oggetto principale di questa indagine, consisterà in uno studio analitico delle sentenze relative alle associazioni anarchiche e socialiste emesse negli anni Novanta. In esse si registra una notevole oscillazione in merito al problema della qualificazione giuridica del *delitto anarchico* e del *delitto socialista*, e pertanto della norma penale applicabile in concreto. Nei riguardi delle associazioni anarchiche, tuttavia, la questione fu ben presto risolta con reiterate pronunce della Corte di cassazione, che ne affermarono la natura di associazioni per delinquere punibili *ex* art. 248 c.p. Zanardelli, mentre soltanto con una sentenza del 1898 iniziò a profilarsi un orientamento di maggiore «apertura», che non escludeva l'applicabilità ad esse dell'art. 251 c.p. (associazione sediziosa) — molto meno rigoroso sul piano sanzionatorio — qualora le circostanze di fatto, accertate con giudizio insindacabile dal giudice di merito, lo avessero consentito.

Assai travagliata e problematica fu invece la giurisprudenza sulle associazioni socialiste, formatasi in prevalenza sul problema della applicabilità alle stesse dell'art. 5 legge n. 316/1894 (associazioni tendenti a sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali): le decisioni dei giudici di merito furono spesso tra loro discordanti (taluni ritennero applicabile il citato art. 5, altri l'art. 251 c.p. altri, infine, le due disposizioni congiuntamente), numerose furono le sentenze di assoluzione e le ordinanze istruttorie di non luogo a procedere per inesistenza di reato o per insufficienza di prove. Tali sconcertanti difformità interpretative — che un commentatore del tempo, Procuratore del Re presso il Tribunale di Ivrea, definì «vera gazzarra di giudici e giudicati» ([100]) — mentre evidenziano la situazione di incontrollabile arbitrio derivante da una formulazione normativa priva

([100]) FROLA, *L'art. 5 della legge 19 luglio 1895, n. 316 sulla pubblica sicurezza*, in *Giust. pen.*, 1895, 409. L'A. sottolinea come lo stesso fatto venisse deferito «qua, ai pretori, là ai Tribunali; nelle stesse circostanze, qua, assolutoria, là, condanna: qui applicata con rigore la legge, là rallentatane l'applicazione, qui, vagliate scrupolosamente le singole prove: là dato di frego ai documenti, per non accogliere se non l'impressione dei testi, ed assolvere, salvo poi, con singolare coerenza, ad ordinare la confisca dei corpi di reato giudicati pericolosi alla pubblica tranquillità».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della necessaria determinatezza, sembrano altresì confermare, in riferimento alla persecuzione penale del socialismo, l'osservazione di Schminck, secondo il quale i giudici, se avessero veramente voluto essere imparziali, senza concedere alcunché agli interessi politici contingenti dell'esecutivo, «avrebbero dovuto giungere spesso, nel campo del diritto penale politico, all'applicazione del principio "nulla poena sine lege", di fronte alle forme sempre nuove dell'organizzazione e dell'agitazione operaia, dal momento che profittare dei vuoti di diritto rientra nelle concezioni strategiche fondamentali di ogni movimento politico legalitario» ([101]).

Sono necessarie a questo punto alcune indicazioni relative alle fonti di documentazione utilizzate ed ai criteri di analisi della giurisprudenza elaborati in funzione di una interpretazione dei dati emersi che consenta di determinare quale sia stata, nella «lettura» fattane dai giudici, la traduzione in concreto dei modelli legali delle fattispecie associative, e di cogliere pertanto con sufficiente precisione i caratteri della *costruzione giurisprudenziale* delle fattispecie medesime.

Un primo gruppo di sentenze è stato individuato attraverso la consultazione di varie riviste giuridiche ([102]); ad esse si aggiungono numerose decisioni inedite reperite presso l'Archivio centrale dello Stato ([103]). Tali decisioni sono in genere accompagnate dai carteggi — relativi all'andamento ed alla conclusione dei procedimenti penali — tra i Procuratori Generali ed il Ministro guardasigilli, particolarmente illuminanti sul collegamento tra indirizzo politico dell'esecutivo e orientamenti della magistratura.

Grande interesse presentano pure le note informative, inviate dai Procuratori al Ministro, sui casi di scioglimento delle associazioni e dei circoli socialisti in applicazione dell'art. 5 della legge n. 316/1894 e dell'art. 21 del relativo regolamento di esecuzione, che costituivano la premessa per il successivo inizio di un procedimento penale.

([101]) SCHMINCK, *Stato di diritto*, cit., 451.

([102]) *Rivista penale, Giustizia penale, Scuola positiva, Cassazione unica, Corte Suprema di Roma, Giurisprudenza Italiana, Foro italiano, La Legge, Annali di giurisprudenza, Il Filangieri.*

([103]) Il materiale studiato è conservato nei fondi intitolati «Ministero di grazia e Grazia e Giustizia — Direzione generale AA.PP. — Miscellanea» e «Ministero dell'Interno — Direzione generale P.S. — Direzione AA.GG.RR. 1873-1903.».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mentre le sentenze pubblicate nelle riviste giuridiche sono in larga misura della Corte di cassazione — data la particolare autorità del giudice di legittimità, e l'influenza quasi sempre determinante delle sue statuizioni sugli indirizzi della magistratura ordinaria —, la maggior parte del materiale giurisprudenziale frutto delle ricerche d'archivio riguarda pronunce di merito; assai numerose sono le decisioni istruttorie. Rinviando al prosieguo della trattazione l'esposizione particolareggiata dei dati relativi al numero delle sentenze esaminate, al loro andamento cronologico, alla loro provenienza da un giudice di merito o dalla Suprema Corte, al rapporto quantitativo tra decisioni di condanna e decisioni assolutorie, nonché, riguardo a queste ultime, alla formula assolutoria prescelta, si chiariranno ora i criteri di indagine utilizzati.

3.2. *I criteri di analisi della giurisprudenza.*

Come si è visto, il modulo repressivo associativo è caratterizzato dalla anticipazione della soglia della punibilità ad un momento precedente all'integrazione — anche in forma tentata — dei delitti-scopo ([104]): il fatto incriminato, cioè, si sostanzia proprio nella *associazione*, sulla premessa teorica che ravvisa in essa una particolare capacità offensiva, data dalla presenza di una struttura organizzata. Si rende pertanto necessario stabilire in presenza di quali elementi l'associazione possa dirsi esistente in concreto, e come la stessa debba atteggiarsi perché se ne possa affermare la rilevanza penale.

A quale realtà si intende far riferimento con il termine «associazione»? È questo il primo interrogativo da risolvere. Il concetto non ha mai trovato una definizione giuridica nella tradizione legislativa pubblicistica italiana ([105]): la nozione generalmente accolta, delineata attraverso l'osservazione empirica dei caratteri costitutivi di una de-

([104]) DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 3.

([105]) BARILE, *Associazione (diritto di)*, cit., 838. La circostanza è sottolineata da ESPOSITO, *Lo Stato fascista e le associazioni*, Padova, 1935, 8, che ritiene una simile carenza definitoria del tutto giustificabile, in quanto «le dispute ed incertezze dottrinali, ancora oggi assai vive, sul concetto di associazione, l'esperienza del danno prodotto in altri ordinamenti giuridici da definizioni legislative che, inesatte, hanno reso più difficile una precisazione del concetto, spiegano pienamente come in Italia, nella specie, si sia sentito il pericolo, ed evitata ogni definizione».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terminata realtà naturalistica, appare così estremamente ampia: l'associazione è *l'organizzazione stabile di più persone per il conseguimento di uno scopo comune*. Pertanto, com'è stato esattamente osservato, lo *scopo comune* e l'*organizzazione* posta in essere per realizzarlo rappresentano i due poli intorno ai quali si sviluppa la tematica del fenomeno associativo ([106]): l'esame della giurisprudenza di fine Ottocento consiste in primo luogo in una analisi della definizione di tali requisiti operata dal giudice nel momento dell'applicazione del diritto, limitandosi la norma incriminatrice ad un generico rinvio alla comune nozione di associazione, senza determinarne in alcun modo i caratteri fondamentali.

I criteri della *organizzazione* e dello *scopo* — cui sono inscindibilmente legati tutti gli altri aspetti definitori: *in primis*, come si è detto, quando si possa parlare di *esistenza di una associazione*; indi, da quali *elementi di fatto* sia desumibile lo *scopo*, inteso quale *programma* del sodalizio, e quale rilievo assumano i *mezzi* usati o semplicemente previsti per il suo conseguimento; in quali termini sia definito il *bene giuridico* tutelato dalla norma penale (nel caso specifico, l'*ordine pubblico*) — appartengono al livello che si potrebbe chiamare di *costruzione giurisprudenziale del reato associativo*. Questo livello rappresenta il «nucleo forte» dell'intervento interpretativo operato dai giudici: rappresenta ciò che resta, che si perpetua, il sedimento teorico che verrà recepito senza sostanziali modificazioni nelle successive esperienze normative e di concreta applicazione del diritto.

Vi è poi un ulteriore livello, non meno essenziale ai fini di una corretta comprensione d'insieme del fenomeno esaminato, e tuttavia contingente, legato al continuo mutare del contesto storico. In questo settore di analisi rientrano la *ricostruzione delle vicende processuali*, il diverso atteggiarsi dei giudici in ordine alla *scelta della norma penale applicabile* (problema connesso a quello della connotazione politica o comune attribuita al reato, e quindi alla controversa questione della *competenza* delle Corti d'assise, con l'intervento delle giurie popolari), le considerazioni relative alle *pressioni esercitate dall'esecutivo sulla magistratura*, l'esame dell'*argomentazione lega-*

([106]) PALERMO FABRIS, *Il delitto di associazione*, cit., 358.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le della sentenza come momento di risoluzione del conflitto libertà/autorità [107].

Utilizzando in maniera incrociata i due livelli di indagine indicati, saranno studiati gli orientamenti della giurisprudenza in materia di repressione penale delle associazioni anarchiche (dal 1890 al 1901) e delle associazioni socialiste (dal 1894 al 1898).

II. La costruzione dei limiti alla libertà di associazione politica nella giurisprudenza di fine ottocento: gli anarchici.

1. *La giurisprudenza di fine secolo sulle associazioni anarchiche.*

1.1. *Caratteri e provenienza del materiale esaminato. Il problema della qualificazione giuridica del «delitto anarchico». Il «delitto sociale» come* tertium genus *tra delitto politico e delitto comune.*

La giurisprudenza esaminata relativa alle associazioni anarchiche si colloca, da un punto di vista cronologico, tra il 1890 e il 1901.

Si tratta complessivamente di diciotto sentenze e tre ordinanze: tra le sentenze, quindici sono pubblicate in riviste giuridiche, mentre tre sono state reperite presso l'Archivio centrale dello Stato [108].

Per quanto riguarda le autorità giudiziarie di provenienza, dieci sentenze sono della Corte di cassazione, e sono tutte edite (di una di esse è stata rinvenuta copia anche nel fondo d'archivio consultato), mentre otto provengono da giudici di merito, così come le tre ordinanze.

Le caratteristiche del materiale raccolto ne suggeriscono una lettura, per così dire, differenziata; l'analisi della giurisprudenza della Cassazione, — ricavabile dalle decisioni pubblicate nelle riviste giu-

---

[107] Su cui vedi Amato, *Libertà*, cit., 279.

[108] Nel fondo intitolato «Ministero di Grazia e Giustizia - Direzione generale AA.PP. - Miscellanea».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ridiche, ed avente carattere di sostanziale completezza — consentirà di seguire nella loro evoluzione le più importanti statuizioni del giudice della nomofilachia sulla struttura del reato associativo: la ricostruzione, invece, degli aspetti salienti di alcune vicende processuali offrirà uno spaccato significativo del clima politico all'interno del quale si trovò ad operare la magistratura.

L'indagine, pertanto, si svolgerà essenzialmente su due coordinate: all'esame di alcuni procedimenti penali di notevole importanza — ricostruiti talora utilizzando le sentenze edite, e talora le pronunce rinvenute nell'Archivio, accompagnate dai relativi carteggi tra i Procuratori generali ed il Ministro guardasigilli — si affiancherà la riflessione, di carattere più propriamente teorico, sui momenti fondamentali attraverso cui si è snodata la *costruzione* del reato associativo nella giurisprudenza della Suprema Corte.

L'esame delle sentenze, inoltre, sarà costantemente integrato — trovandovi un continuo riscontro — con l'analisi del ricco dibattito dottrinale che in quegli anni andava sviluppandosi a proposito della repressione penale delle associazioni politiche pericolose, e in particolare del movimento anarchico. Il tema centrale, intorno al quale si registrarono posizioni divergenti e dissensi anche profondi, sia in dottrina che in giurisprudenza, fu quello della *qualificazione giuridica* del delitto anarchico, generalmente considerato un delitto comune, allo scopo dichiarato di escluderne gli autori dal godimento dei privilegi connessi alla politicità del reato. Estremamente significativo, in questo senso, il fatto che sui caratteri del delitto anarchico venne addirittura modellata una nuova categoria giuridica, quella del *delitto sociale*, la cui più compiuta elaborazione si deve in Italia ad Eugenio Florian ([109]).

Le ragioni per le quali egli ritiene che i delitti anarchici debbano tenersi separati e distinti dai delitti politici sono fondamentalmente due, ed attengono al loro contenuto giuridico. In primo luogo, l'oggetto dei delitti anarchici è più ampio di quello dei delitti politici, limitati alle offese contro gli istituti politici veri e propri: «i delitti anarchici, invece — afferma Florian — mirano a tutta l'organizzazione sociale, mirano ad abbattere tutto l'odierno ordinamento: quindi vanno più in là degli istituti politici e se, per avventura, qual-

([109]) FLORIAN, *Trattato*, cit., 134 ss. Sul delitto sociale vedi anche CRISTIANI, *La nozione scientifica del delitto sociale*, in *Scuola pos.*, 1894, IV, 577 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che loro attentato si manifesti in confronto d'un qualche istituto politico dello Stato, questo è attaccato non come istituto politico, bensì nella sua significazione di istituto sociale, di rappresentante e membro dell'odierno ordinamento sociale».

In secondo luogo, è diverso il *fine* perseguito dai delinquenti politici e dai delinquenti anarchici: «Come abbiamo veduto, secondo la figura classica del delinquente politico ed in quanto d'un delinquente politico si voglia parlare, fine del medesimo è soltanto quello di mutare la forma d'un istituto politico determinato o di più istituti politici, quello, anzi, di migliorarli a suo parere meglio. L'anarchico, invece, che le leggi colpiscono, ha il fine immediato di fare della propaganda anarchica col fatto: ha, inoltre, il fine immediato di distruggere tutta l'organizzazione sociale odierna, secondo taluno, qualsiasi organizzazione sociale» ([110]).

Di fatto, la nozione di delitto sociale consentì di trattare l'attività degli anarchici alla stregua della delinquenza comune: Florian, in particolare, pone l'accento sull'applicabilità agli stessi dell'estradizione, esclusa per i soli reati politici ([111]). Come si vedrà, nelle sentenze relative alle associazioni anarchiche saranno molto spesso evocati i caratteri del delitto sociale.

1.2. *Le conseguenze pratiche dell'applicazione dell'art. 248 c.p. alle associazioni anarchiche. La delega ai giudici della scelta della norma applicabile: significato e implicazioni.*

Per lungo tempo la Corte di cassazione fu estremamente risoluta nel sostenere l'applicabilità alle associazioni anarchiche dell'art. 248 c.p., assimilandole in tal modo alle comuni associazioni per delinquere: soltanto nel 1898 essa ammise per la prima volta la loro configurabilità in termini di «associazioni sediziose» *ex* art. 251 c.p., confermando in seguito tale orientamento. In realtà, ciò si spiega con la profonda crisi che investì alla fine del secolo il movimento anarchico, il quale divenne progressivamente sempre più debole, sempre meno temibile per la conservazione dell'ordine politico e sociale: questo consentì di utilizzare, per la sua repressione, la norma

([110]) FLORIAN, *Trattato*, cit., 166.
([111]) FLORIAN, *Trattato*, cit., 178.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prevista nell'art. 251, molto meno severa rispetto alla fattispecie di associazione per delinquere.

Assai diverso era, in primo luogo, il livello sanzionatorio: in base all'art. 248, i semplici partecipanti all'associazione erano puniti con la reclusione da uno a cinque anni; nell'ipotesi prevista dal secondo comma, e cioè nel caso in cui gli associati scorressero le campagne o le pubbliche vie, e due o più di essi portassero armi o le tenessero in luogo di deposito, la pena era della reclusione da tre a dieci anni; infine, per gli eventuali promotori o capi dell'associazione, era prevista la reclusione da tre a otto anni, e da cinque a dodici anni nel caso della circostanza aggravante di cui al comma secondo.

Per l'art. 251, invece, chiunque avesse preso parte all'associazione vietata era punito con la detenzione da sei a diciotto mesi e con la multa da lire cento a tremila, senza alcuna distinzione tra semplici partecipi e promotori o capi.

Alle pene stabilite dall'art. 248, poi, era sempre aggiunta la sottoposizione alla *vigilanza speciale dell'autorità di pubblica sicurezza*.

Soltanto per il reato di cui all'art. 248, infine, era previsto il mandato di cattura obbligatorio, ed era consentito di trattenere gli accusati in custodia preventiva.

Ma, oltre a tutti questi motivi, certamente non secondari, vi era una ulteriore ragione, più propriamente «politica», per la quale la scelta dello strumento repressivo più adeguato per la criminalità anarchica fu demandata alle determinazioni della giurisprudenza. Si tratta, in sostanza, della medesima motivazione che indusse a non definire, sul piano legislativo, la nozione di *delitto politico*, delegando ai giudici la soluzione del problema. La delega ai giudici — afferma Sbriccoli — serve a lasciare provvidenzialmente irrisolta la questione, «rinviandola alla sola istanza del potere che per la natura del suo ruolo (per es., il fatto di provvedere *per interpretationem*), per le sue varie articolazioni (non tutti i giudici, e non tutti i livelli di giurisdizione, si esprimono allo stesso modo), per la credibilità tecnica che essa conserva anche quando si contraddice, può lasciarla aperta a tempo indeterminato, pronunciandosi su di essa innumerevoli volte, senza definirla mai una volta per tutte» ([112]).

Come si vedrà, una situazione analoga si determinò in ordine alla

([112]) SBRICCOLI, *Dissenso politico*, cit., 659-660.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individuazione della norma penale applicabile alle associazioni anarchiche: anche in questo caso, si evitò di dare una soluzione definitiva al problema, attraverso l'utilizzazione, tra l'altro, da parte della Cassazione, della clausola della insindacabilità dell'apprezzamento di fatto del giudice di merito, sulla quale si registrerà l'opinione decisamente critica di Arangio Ruiz. Un giudizio altrettanto critico è contenuto nella Voce anonima del *Digesto italiano* dedicata alle associazioni anarchiche: «in sostanza la Suprema Corte si è venuta trincerando dietro il solito apprezzamento incensurabile del fatto da parte del giudice di merito, espediente tanto comodo quando si vogliono tener ferme le sentenze impugnate e rigettare i ricorsi» ([113]).

2. *Il primo caso di utilizzazione della fattispecie di cui all'art. 248 c.p. in funzione repressiva di un'intera area politica: il processo agli anarchici di Bedizzano di Carrara.*

2.1. *La ricostruzione dei fatti attraverso le note informative inviate dai Procuratori generali al Ministero di Grazia e Giustizia.*

Negli anni Novanta, la prima sentenza della Corte di cassazione sul delitto associativo anarchico risale al 21 ottobre 1891: con essa, come si vedrà, si ritenne applicabile all'associazione anarchica di Jesi l'art. 248 c.p., contrariamente a quanto aveva ritenuto in secondo grado la Corte di Appello di Ancona, orientata invece verso una qualificazione decisamente politica del fine perseguito dall'associazione medesima. Le due menzionate pronunce — della Corte d'Appello di Ancona ([114]) e della Corte di Cassazione ([115]) — inaugurano la serie delle decisioni sul movimento anarchico pubblicate nelle riviste giuridiche — tra le quali si distinse, per la puntigliosa ed istancabile attenzione critica riservata al fenomeno, la *Rivista penale*, diretta da Luigi Lucchini; e il caso degli anarchici di Jesi fu sempre assunto in

([113]) Voce *Associazioni anarchiche*, in *Dig. it.*, vol. IV, parte II, Torino, 1893-1899, 87.

([114]) Corte d'appello di Ancona, 14 ottobre 1891, Contadini e altri, in *Riv. pen.*, 1891, XXXIV, 448-449 (in nota).

([115]) Corte di cassazione, 21 ottobre 1891, Contadini e altri, *ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dottrina come il primo e più significativo intervento della magistratura nella repressione penale dell'anarchismo ([116]).

Ciò è senz'altro vero, trattandosi del primo pronunciamento della Corte Suprema su una materia ancora tanto fluida ed intederminata; e tuttavia vi era stato, poco tempo prima, un altro procedimento penale, generalmente non conosciuto, assai significativo sotto il profilo della elaborazione della tecnica repressiva: il processo intentato contro gli anarchici di Bedizzano di Carrara, per un fatto di sangue avvenuto il 17 settembre 1888.

La relativa documentazione, reperita presso l'Archivio Centrale dello Stato ([117]), non è di facile interpretazione: il caso si riferiva ad un omicidio ed un tentato omicidio, attribuiti dagli inquirenti ad «odio settario»: la netta sensazione che si ricava da una lettura attenta del carteggio, tuttavia, è quella della strumentalizzazione di un episodio di violenza avvenuto all'interno dell'ambiente anarchico per criminalizzare l'intero movimento. È stato del resto osservato come la crisi di egemonia dell'anarchismo sul movimento operaio italiano determinatasi negli anni Novanta abbia rappresentato un terreno ideale per l'impiego della maniera forte nei confronti dell'opposizione di classe: «Gli isolati atti di violenza, anche molto gravi, che anche in passato erano stati posti in essere da singoli militanti del movimento anarchico, svincolati, in questa fase, dallo scudo rappresentato dalla classe nella sua totalità, sono molto più utilizzabili dal governo per "costruire" l'associazionismo anarchico nella sua interezza come composto di delinquenti e sanguinari» ([118]). E così avvenne, con ogni probabilità, per gli anarchici di Bedizzano.

Nel settembre del 1888 si verificarono, a Bedizzano di Carrara, l'omicidio di un repubblicano ed il tentato omicidio di un ex anarchico: venne immediatamente avanzata l'ipotesi di una resa di conti

([116]) Voce *Associazioni anarchiche*, cit., 85; CRIVELLARI, *Il codice penale*, cit., 63; DE RUBEIS, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 1063 ss.; FRASSATI, *I dinamitardi e il codice penale*, in *Riv. pen.*, 1892, XXXV, 575; MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, cit., 21; VESCOVI, *Istigazione a delinquere*, cit., 737; WAUTRAIN CAVAGNARI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Completo trattato di diritto penale*, diretto da Cogliolo, Milano, 1888, 752 ss.

([117]) A.C.S. — Ministero di Grazia e Giustizia — Dir. gen. AA.PP. — Miscellanea — 1892, b. 90, F. 23 «Massa - Agitazione anarchica».

([118]) CANOSA e SANTOSUOSSO, *Magistrati, anarchici e socialisti alla fine dell'Ottocento in Italia*, Milano, 1981, 34. Sulla crisi del movimento anarchico negli ultimi anni del secolo vedi SANTARELLI, *Il socialismo anarchico in Italia*, Milano, 1973, 56 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

motivata da contrasti politici, e le indagini si diressero verso l'ambiente anarchico.

Poco tempo dopo, furono rinviate a giudizio davanti alla Corte d'assise di Massa ben trenta persone, con l'imputazione di associazione di malfattori, di assassinio e mancato assassinio, di rapina e di danneggiamenti volontari.

Fu subito chiaro, fin dall'inizio della vicenda, che l'impianto accusatorio mirava al coinvolgimento sul piano della responsabilità penale dell'intero gruppo anarchico di Bedizzano, considerato quale ente associativo ordinariamente dedito al crimine. La principale fonte di prova, infatti, era costituita dalle deposizioni rese davanti al Pretore di Carrara dal superstite dell'aggressione, il quale, non avendo sporto querela, assunse il ruolo di testimone. Egli, tuttavia, all'inizio del dibattimento venne arrestato per falsa testimonianza, in quanto la Corte aveva rilevato notevolissime contraddizioni tra la versione dei fatti fornita in fase istruttoria e quanto invece deposto in udienza. Nelle dichiarazioni rese al Pretore, il testimone aveva sostenuto che tutti gli accusati, meno tre soltanto, avevano partecipato all'aggressione; in udienza egli affermò invece che cinque sole persone erano presenti, e cioè unicamente gli autori materiali del reato. E, ancora, mentre nelle deposizioni istruttorie, egli aveva confermato l'esistenza in Bedizzano di una setta anarchica — della quale aveva fatto parte per un certo periodo di tempo —, denunciandone gli scopi rivolti alla sovversione dei cardini della società, da raggiungersi con ogni mezzo, anche delittuoso, davanti alla Corte d'assise tutto questo fu negato.

Di estremo interesse la giustificazione addotta dal testimone per il suo mutato atteggiamento: egli sostenne che la prima ricostruzione dell'accaduto era stata determinata da forti ed insistenti pressioni esercitate dal Pretore, cui aveva ceduto anche a causa del suo stato psicologico ancora labile.

Si tentò dunque — a quanto sembra — di sfruttare il comportamento violento ed illegale di alcuni singoli individui per giustificare l'intervento repressivo generalizzato nei confronti dell'area politica di appartenenza dei medesimi. La testimonianza «guidata» doveva servire proprio a questo: a confermare l'esistenza di una associazione anarchica, con scopi eversivi dell'ordine politico e sociale, da perseguire anche attraverso la commissione di reati, mentre il fatto di sangue avvenuto assumeva il significato di un semplice episodio, in-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

serito in un programma criminoso ben più vasto e articolato. L'imputazione di associazione per delinquere — data la sua peculiare struttura, volta a colpire l'aggregato associativo in quanto tale, elevandolo ad autonomo titolo di reato, ed a sanzionare penalmente la semplice appartenenza ad esso — diveniva in tal modo il momento fondamentale e qualificante di un disegno repressivo così concepito.

2.2. *La sentenza della Corte d'assise di Casale: la definizione della struttura organizzativa dell'associazione e dello scopo perseguito. L'accento posto sulla* tutela della proprietà *da ogni possibile aggressione, anche soltanto ideologica.*

Il 23 dicembre 1890 la Corte d'assise di Casale — davanti alla quale il processo era stato trasferito per legittima suspicione, in quanto il Prefetto di Massa aveva denunciato una situazione di intimidazioni operate ai danni dei testimoni d'accusa da parte dei parenti e compagni degli imputati, nonché di pressioni esercitate sui giurati da alcuni difensori — condannò, con pene variabili fra i trenta e gli undici anni di reclusione, gli autori materiali dell'omicidio e del tentato omicidio; ma, ciò che più conta, tutti gli imputati furono ritenuti colpevoli del reato di associazione per delinquere: in particolare, per ventidue di essi la condanna riguardò il solo reato associativo ([118bis]).

L'ipotesi accusatoria era così riuscita ad imporsi, nonostante tutto: il fatto di sangue accaduto a Bedizzano nella notte fra il 17 e il 18 settembre di due anni prima non conservò, nell'interpretazione datane dai giudici, il proprio carattere di circoscritto episodio di violenza, ma divenne la prova inconfutabile — nonché l'elemento simbolico — della pericolosità e della inclinazione al delitto e alla violenza del gruppo anarchico in quanto tale.

I ventidue condannati a titolo di associazione per delinquere di questo soltanto dovevano dunque rispondere: della loro appartenenza ad una determinata area politica, della quale si assumeva ideologicamente la completa identificazione con la criminalità comune.

Nella sentenza emessa dalla stessa Corte di Casale il 29 dicembre successivo contro altri sei imputati nella medesima causa contumaci,

([118bis]) Era nel frattempo entrato in vigore il nuovo codice penale, che all'art. 248 prevedeva il reato di associazione per delinquere.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

condannati per concorso in omicidio e tentato omicidio e per associazione per delinquere, quest'ultima imputazione era così formulata:

Accusati tutti del delitto previsto e punito dall'art. 248 del c.p. per essersi in numero maggiore di cinque associati dall'anno 1883 circa in poi, per commettere delitti contro le persone e le proprietà, e per avere ciascuno di loro fatto parte della setta socialista anarchica esistente in Carrara e sue vicinanze, divisa in gruppi ed organizzata nell'intendimento e nel fine suddetto e per attuare con violenza le loro idee sovversive, eccitando all'assassinio ed allo spoglio degli abbienti.

Nella motivazione della sentenza si legge che l'esistenza in Carrara di una setta socialista anarchica risultava provata con certezza

dai documenti di causa, dalle dichiarazioni e dei coimputati e dalle numerose deposizioni testimoniali raccolte in istruttoria

Lo scopo della setta, ravvisato nell'intento

di attuare il programma anarchico socialista rivoluzionario per l'abolizione della proprietà individuale con ogni mezzo, e segnatamente colla violenza contro le persone e collo spoglio degli abbienti

veniva desunto, oltre che dagli interrogatori degli imputati, dallo statuto della medesima, che si trovava agli atti della causa, essendo stato sequestrato nel 1885.

Dal punto di vista della struttura organizzativa, l'associazione di Bedizzano veniva configurata come una diramazione locale della setta anarchica carrarese, con numerosi affiliati, dediti al perseguimento degli stessi fini dell'associazione-madre.

Quanto ai fatti concretamente imputati all'attività dell'associazione, emerge tutta la loro incongruenza rispetto alle enunciate finalità della stessa: a fronte di uno scopo di portata storica, addirittura epocale, quale "l'abolizione della proprietà individuale con ogni mezzo", e segnatamente attraverso "lo spoglio degli abbienti", agli anarchici di Bedizzano si contestano

Violenze, brutalità ed aggressioni contro individui di avverso partito o sospettati tali... accertati da precedenti inchieste giudiziali, i quali fatti ravvisati nel loro complesso dalla medesimezza della causa deter-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

minante che è lo spirito di proselitismo forzato e di persecuzione settaria coloriscono nel modo più vivo la figura vera e propria della associazione a delinquere.

In altri termini, una serie di episodi di violenza, ascrivibili con ogni probabilità al fanatismo di alcuni individui, e configurabili tuttalpiù, qualora risultasse provata l'esistenza di un medesimo disegno criminoso, come un'ipotesi di concorso nel reato continuato, venivano in tal modo ricondotti al perseguimento di un *programma eversivo* di portata complessiva. Un aspetto della decisione deve essere sottolineato molto attentamente: la ricostruzione dello scopo associativo prescinde da qualsiasi connotazione di ordine propriamente politico. L'accento è posto soltanto ed unicamente sulla *abolizione della proprietà individuale*: l'obiettivo degli anarchici non si identifica, secondo i giudici, con il mutamento delle istituzioni politiche dello Stato, secondo la tradizione del delitto politico. Ciò a cui essi mirano è la distruzione del sistema vigente di distribuzione della ricchezza: il reato viene quindi riduttivamente interpretato come diretto contro la sola *proprietà*. Di qui, l'applicazione della fattispecie di associazione per delinquere, fin dalla sua origine destinata appunto a salvaguardare da ogni pericolo di aggressione organizzata i beni ed i loro proprietari.

Come si vedrà in seguito, sarà proprio questo il tema centrale dell'orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione formatosi a partire dal 1891, fondato sulla recisa affermazione del carattere non politico del «delitto anarchico».

Quanto, infine, alla prova dell'appartenenza degli imputati alla associazione, essa veniva desunta dalle deposizioni rese da Sebastiano Boggi e Leopoldo Pelliccia, condannati con la precedente sentenza del 23 dicembre, da alcune testimonianze, nonché dalle informazioni dell'autorità di p.s. Come si vede, dunque, non esistevano prove documentali; non solo non vi era uno statuto proprio, specifico dell'associazione di Bedizzano — lo statuto agli atti, come si è detto, era quello della associazione di Carrara —, non solo non esisteva una sede sociale, ma neppure vi era un elenco dei soci, né prove di adesioni individuali derivanti, ad esempio, da contributi di iscrizione.

Emerge forte il sospetto, di fronte a questi dati, che l'*associazione* rappresentasse di fatto una «creazione» *a posteriori* dell'autorità di p.s. e dei giudici, la *reductio ad unum* di una realtà vicever-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sa assai frammentaria, nella quale avrebbe potuto essere tuttalpiù riconoscibile un gruppo informale, certamente non organizzato. Tuttavia, proprio l'utilizzazione dell'art. 248 c.p. consentiva di superare una simile obiezione: il gruppo anarchico veniva infatti definito come associazione per delinquere, e l'associazione per delinquere, proprio a causa dell'illegalità dei suoi scopi, vive necessariamente nella segretezza,non codifica le proprie regole, non formalizza le proprie strutture. La sua esistenza può essere dedotta essenzialmente da prove testimoniali. D'altra parte, come si è visto, lo stesso requisito dell'organizzazione era stato in definitiva espunto dall'elemento oggettivo dell'associazione, attraverso una sua interpretazione riduttiva, tanto da sfumare nei connotati del semplice accordo, e questo sia nei lavori preparatori del codice che nelle prime decisioni giurisprudenziali in argomento: date queste premesse, è evidente come proprio l'applicazione ai gruppi politici antagonisti della fattispecie di cui all'art. 248 c.p. potesse consentire la massima realizzazione delle esigenze repressive dello Stato.

3. *Il processo agli anarchici di Jesi.*

3.1. *Il carattere politico del delitto anarchico secondo la Corte d'appello di Ancona.*

Si prenderà ora in esame l'orientamento giurisprudenziale formatosi nel corso dell'ultimo decennio del secolo in materia di associazioni anarchiche. In realtà, i giudici — come del resto la dottrina — non dubitarono mai della loro incriminabilità: l'indagine si limitò alla definizione dello scopo perseguito, per verificarne l'indole politica o comune, e per determinare così quale norma penale dovesse ritenersi applicabile.

Tuttavia, mentre tra i giudici ordinari venne posto, e almeno in un caso risolto positivamente, il problema della natura politica delle associazioni anarchiche, la Corte di cassazione — in pieno accordo con i *desiderata* dell'esecutivo — non dubitò mai della loro riconducibilità alla fattispecie di associazione per delinquere, ammettendo soltanto negli ultimi anni l'applicabilità dell'art. 251 c.p., in presenza di determinate circostanze di fatto accertate nel merito, e pertanto non sindacabili dal giudice della legittimità.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La prima decisione della Corte di cassazione venne emessa nell'ottobre del 1891, nel processo contro gli anarchici di Jesi.

Essi furono rinviati davanti al Tribunale di Ancona — con ordinanza della Camera di consiglio del 25 giugno 1891 — per rispondere del reato di cui all'art. 248 cp.; il Tribunale, con sentenza 31 agosto 1891, li condannò in conformità dell'ordinanza di rinvio. Ma, sull'appello da essi prodotto, la Corte di Ancona, con sentenza 14 ottobre 1891 ([119]), dichiarò che il fatto imputato agli appellanti costituiva il reato di cui agli artt. 134 e 118, n. 3 c.p., di competenza della Corte d'assise, trasmettendo gli atti alla Corte di cassazione perché venisse risolto il conflitto di competenza.

Secondo la Corte d'appello, il «programma del partito anarchico» è quello

della rivoluzione sociale, mediante l'abolizione di ogni Governo e dello Stato e di tutti gli ordinamenti politici e sociali e così l'abolizione della proprietà individuale, della famiglia ed altro.

È interessante notare che il medesimo programma viene definito altresì come una «guerra al Governo e al proprietario»: si opera, cioè, la sostanziale identificazione tra *governo* e *proprietari*, del resto perfettamente coerente rispetto al modello oligarchico dello Stato liberale italiano ottocentesco. E proprio l'adozione di un siffatto apparato concettuale evidenzia con precisione il ruolo certamente non imparziale che il giudice assegna a se stesso, di difesa dell'ordine politico e sociale costituito nei confronti delle aggressioni di «nemici» esterni rispetto al medesimo ordine ([120]).

Quanto ai *mezzi* idonei alla realizzazione del programma anarchico, la Corte di Ancona afferma:

([119]) Corte d'appello di Ancona, 14 ottobre 1891, Contadini e altri, cit.

([120]) Sull'autodefinizione del proprio ruolo da parte dell'organo giurisdizionale nell'ambito dell'istituzione-Stato, vedi le puntuali osservazioni di SCHMINCK, *Stato di diritto*, cit., 456, il quale ricorda che «le pressioni dirette o indirette dell'esecutivo sull'organo giurisdizionale sono state superflue ogni volta che i Tribunali penali politici consideravano la repressione dei movimenti socialisti come destinatari principali della persecuzione penale politica, un compito o un "dovere" assegnato ad essi nello stato borghese. Quando esiste una simile coincidenza tra gli obiettivi dell'organo giurisdizionale ed esecutivo, non sembra necessario indagare su eventuali pressioni esercitate dal secondo sul primo». Su questa realtà, peraltro non uniforme, vedi NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura*, cit., *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'anarchico vuole nel suo fine ultimo la distruzione del governo e di ogni ordine sociale, dunque tutti i mezzi che a questo fine adopera rivestono necessariamente *carattere politico.*

Di qui, l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 248 c.p. — in quanto i mezzi delittuosi che si intendeva adottare miravano non al lucro ed all'interesse egoistico, ma ad un fine di ordine generale — e l'individuazione della norma applicabile nell'art. 118 c.p., «nel quale si pronunzia la pena contro coloro che commettano un fatto diretto a mutare violentemente la costituzione dello Stato e la forma di Governo».

La presa di posizione dei giudici di Ancona sulla intrinseca politicità del «delitto anarchico» restò tuttavia isolata: la Corte Suprema stabilì, infatti, con decisione il contrario principio della equiparazione tra associazione anarchica e associazione per delinquere ([121]).

Ma vi è una circostanza che deve essere considerata con attenzione: il 1° maggio 1891, nel corso di un comizio tenutosi a Roma nella Piazza di S. Croce di Gerusalemme, si verificarono gravi disordini. Non appena ne giunse notizia a Montecitorio, furono presentate interrogazioni ed interpellanze, cui diede risposta il Ministro dell'interno Nicotera.

A chiusura delle interrogazioni e interpellanze, il deputato Camporeale, con altri colleghi, presentò una mozione diretta ad approvare la condotta tenuta dal governo. La discussione sulla mozione, durante la quale presero la parola numerosi deputati, si svolse il giorno 3 ([122]); il Ministro Nicotera, intervenuto nella tornata del 4 maggio,

---

([121]) La tesi della natura politica delle associazioni anarchiche riscosse consensi limitati anche in dottrina. In merito alla decisione della Corte d'appello di Ancona, si registrano soltanto due esplicite adesioni: WAUTRAIN CAVAGNARI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 756 e la Voce del *Digesto italiano* dedicata alle associazioni anarchiche,, cit., 89. Sottolinea il carattere fondamentalmente politico del programma anarchico GAROFALO, *Associazione per delinquere*, cit., 1114, il quale auspica l'introduzione nel codice penale di una nuova disposizione destinata a reprimere, come reato *sui generis*, il delitto di *associazione a scopo di anarchia*. Anche UGENTI SFORZA, *Associazione di malfattori*, cit., sembra condividere la tesi della natura politica delle associazioni anarchiche, respingendo con decisione la loro equiparazione alle associazioni per delinquere.

([122]) Vedi la *Rassegna parlamentare italiana*, in *Riv. pen.* 1891, XXXIV, 53 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fece una affermazione estremamente significativa in ordine alla repressione penale delle associazioni anarchiche:

È da molto tempo che si riconosce la necessità di regolare con norme legislative precise il diritto di associazione. Intanto, io vi dichiaro che *non considero associazione politica*, associazione permessa dalla legge, l'associazione degli anarchici. *A queste associazioni credo che si debba applicare l'art. 248 c.p.* Dichiaro anzi che se il magistrato avesse un qualunque dubbio sull'applicabilità agli anarchici dell'art. 248 son d'accordo coi miei onorevoli colleghi nel dirvi che presenteremo un apposito disegno di legge alla Camera che sarà nel caso destinato a chiarire nel modo più preciso quel dubbio ([123]). Le dichiarazioni di Nicotera, mentre adombravano la possibilità di una legislazione eccezionale antianarchica — tanto che Fortis e Zanardelli proprio per questo motivo annunciarono il loro voto contrario alla politica dell'esecutivo — contenevano altresì una precisa indicazione rivolta alla magistratura —. Indicazione che non fu seguita dalla Corte d'appello di Ancona, nella sentenza emessa a pochi mesi di distanza dalla discussione parlamentare, ma che trovò viceversa una immediata adesione da parte della Corte Suprema: con la sentenza 21 ottobre 1891 fu così stabilita l'applicabilità alle associazioni anarchiche dell'art. 248 c.p., con conseguente competenza a giudicarne gli affiliati del Tribunale penale, e non della Corte d'assise.

3.2 *L'orientamento della Corte di cassazione: le associazioni anarchiche sono associazioni per delinquere. L'ordine sociale e politico minacciato dalle teorie anarchiche è l'ordine dei proprietari.*

Il ragionamento della Cassazione trova il suo punto di forza nella distinzione tra *mutamento* degli ordinamenti costituiti nello Stato — tradizionale aspirazione degli autori di reati politici — e *distruzione* degli ordinamenti medesimi, perseguita dagli anarchici. Del programma anarchico viene data un'interpretazione soltanto in negativo, non ravvisandovi alcun progetto credibile di riorganizzazione della società su basi diverse: nell'anarchia, in definitiva, si legge soltanto una generica volontà rivoltosa, un ribellismo in campo

([123]) *Atti parlamentari - Discussioni*, Camera dei deputati, Legislatura XVII, 1ª sessione, 1756.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politico e sociale motivato principalmente dall'odio contro le classi abbienti:

> ... i membri delle associazioni anarchiche, organizzandosi, vogliono, con violenze separate o accomunate, distruggere, come singoli cittadini, i vincoli imposti loro dalle leggi, la forza delle Autorità legittime; e, come poco o nulla abbienti, sovvertire l'ordine delle proprietà già acquistate; e ciò a soddisfazione delle loro passioni di selvaggia indipendenza, di odio contro le classi superiori e di cupidità di godimenti fisici e di ricchezze.

Nel fine perseguito nulla si scorge di politico: la distruzione violenta delle basi della società civile è del tutto indipendente, secondo la Suprema Corte, dalla «varietà delle forme politiche». Si intende così sottolineare l'esistenza di una netta cesura tra ordinamento politico e ordinamento sociale dello Stato ([124]): ed è soltanto contro le istituzioni tipiche del secondo che si rivolge la «propaganda col fatto» degli anarchici.

Tra le suddette istituzioni, un'attenzione del tutto particolare viene riservata dai giudici alla *proprietà privata*, cardine intangibile — accanto alla famiglia, alla incolumità pubblica, al rispetto per le

([124]) È evidente, nell'argomentazione della Corte, il preciso riferimento alla nozione del *delitto sociale*, il cui oggetto consiste nel «diritto od interesse della collettività che le forme vigenti del suo ordinamento sociale non siano mutate contrariamente alla volontà comune» (FLORIAN, *Trattato*, cit., 170). Respinge la distinzione tra ordinamento politico e ordinamento sociale IMPALLOMENI, *Magistrato competente a giudicare del reato preveduto nell'art. 5 della legge 19 luglio 1894*, in *Giust. pen.*, 1895, 401: «Si badi a non fare distinzioni bizantine. L'ordinamento sociale di uno Stato non è cosa diversa dal suo ordinamento politico, o ne differisce soltanto come la sostanza dalla forma. Gli interessi sociali prevalenti in un dato gruppo umano, e assicurati per via di una organizzazione di poteri: ecco la trama dello Stato. Il regolamento degli interessi sociali prevalenti (proprietà, famiglia, religione, indipendenza individuale, ecc.) è *l'ordinamento sociale*; l'organismo dei poteri destinato a garantire la sicurezza è l'*ordinamento politico*: questo serve a quello, e non si può con la violenza sovvertire il primo senza sovvertire il secondo». In realtà, il concetto di *sovversione degli ordinamenti sociali costituiti nello Stato* diverrà un punto fermo nella giurisprudenza sulle associazioni anarchiche e socialiste, considerandosi come momento qualificante dell'*organizzazione sociale* proprio quel sistema di produzione economica e di distribuzione della ricchezza il cui mutamento costituiva l'obiettivo principale dei movimenti politici di opposizione radicale. Il concetto verrà in seguito recepito anche a livello legislativo: l'art. 5 della legge eccezionale di pubblica sicurezza n. 316 del 1894 vietava le associazioni e riunioni tendenti a sovvertire per vie di fatto gli *ordinamenti sociali*, e di sovversione violenta degli *ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato* si parla nell'art. 270 del codice penale del 1930.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leggi e le autorità legittime — dell'organizzazione sociale. Che la preoccupazione principale sia proprio quella di tutelare gli assetti proprietari consolidati contro ogni possibile messa in discussione traspare con chiarezza dalle inequivocabili espressioni usate dalla Corte: nella motivazione si fa infatti riferimento, oltre che alla proprietà, ai «pacifici rapporti del capitale e del lavoro» — e quanto vi sia di mistificazione ideologica in tale supposta pacificità è inutile dire —, mentre a gli anarchici si imputa la volontà di «sperdere o rapire, come operai, i frutti dovuti al capitale; e, come poco o nulla abbienti, sovvertire l'ordine delle proprietà già acquistate». Questo è, dunque, l'ordine sociale minacciato dalle teorie anarchiche: è l'ordine dei proprietari, fondato su una determinata struttura dei rapporti di produzione, cui corrisponde una coerente configurazione di ogni altro rapporto sociale (e politico). Lo scopo dell'associazione, così delineato, viene in definitiva a coincidere con l'area di tutela coperta dall'associazione per delinquere, la cui funzione primaria e fondamentale di strumento difensivo della proprietà è testimoniata — come si è detto — dalla sua stessa origine storica ([125]).

([125]) Decisamente favorevole all'assimilazione tra le associazioni anarchiche e le comuni associazioni per delinquere è MANDUCA, *Il delitto anarchico e il diritto penale italiano*, in *Giust. pen.*, 1899, 225 ss. In senso analogo è orientato CRISTIANI, *Socialisti e anarchici di fronte all'art. 5 della legge sui provvedimenti di pubblica sicurezza*, in *Cass. unica*, 1895, VI, 355.

In senso contrario all'applicabilità dell'art. 248 vedi la Voce *Associazioni anarchiche*, cit., 87-88; GAROFALO, *Associazione per delinquere*, cit., 1114; MAJNO, *Commento al codice penale*, cit., 21-22; UGENTI SFORZA, *Associazione di malfattori*, cit., 64.

Vi è poi una corrente dottrinale che sostiene l'applicabilità dell'art. 251 c.p. nel caso in cui l'associazione anarchica si limiti alla propaganda delle idee, e dell'art. 248 nella diversa ipotesi in cui essa trascenda alla c.d. «propaganda col fatto»: CRIVELLARI, *Il codice penale*, cit., 60; DE RUBEIS, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 1076; SCARLATA, *Le associazioni per delinquere*, Girgenti, 1904, 95-96; TUOZZI, *Ancora degli anarchici e della nuova legge sui provvedimenti eccezionali di P.S.*, in *Cass. Unica*, VI, 1895, 97-98, secondo il quale gli artt. 5 l. n. 316/1894, 251 e 248 c.p. formano nel loro insieme «una scala ascendente di delinquenza, di cui il punto più basso è rappresentato dal menzionato art. 5 della legge, e il più alto dall'art. 248 del codice». Un posto a sé infine occupa la teoria di FELICI, *Le associazioni anarchiche e la legge penale*, in *Suppl. Riv. pen.*, 1897-98, 186, secondo il quale agli anarchici si sarebbe dovuto applicare nella maggior parte dei casi l'art. 252 c.p., che prevede l'eccitamento alla guerra civile, alla devastazione, al saccheggio e alla strage.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. *Il processo agli anarchici di Roma per i disordini avvenuti il 1° maggio 1891 nella piazza di S. Croce in Gerusalemme.*

4.1 *L'applicazione dell'art. 251 c.p. («associazione sediziosa») da parte dei giudici di primo grado. L'identificazione tra «pericolo per la pubblica tranquillità» e «pubblicità dello scopo».*

Il processo agli anarchici di Roma per i fatti del 1° maggio — più noto come processo Cipriani — ebbe inizio il 14 ottobre 1891, lo stesso giorno in cui veniva emessa la sentenza della Corte d'appello di Ancona nella causa relativa agli anarchici di Jesi, con cui si stabiliva il carattere politico del reato ad essi contestato e la conseguente competenza della Corte d'assise. La difesa degli imputati, richiamandosi a tale decisione, elevò eccezione di incompetenza, che il Tribunale peraltro respinse ([126]). Gli imputati erano sessantadue; tutti, meno uno, dovevano rispondere del delitto previsto nell'art. 248 c.p. per essersi, in numero non minore di cinque, associati per commettere delitti contro le persone, le proprietà e l'incolumità pubblica, allo scopo di attuare le teorie anarchiche da essi professate e dirette a distruggere, con la violenza le istituzioni sociali vigenti, *e specialmente l'istituto della proprietà individuale*.

Il pubblico ministero sostenne per quasi tutti l'imputazione generica in base all'art. 248 c.p., oltre le imputazioni specifiche a carico dei singoli, prevalentemente a titolo di violenza e resistenza all'autorità.

La sentenza del Tribunale fu sì di condanna, ma non in conformità alle conclusioni del P.M., avendo escluso l'imputazione generica ai sensi dell'art. 248, e ammessa invece l'ipotesi di cui agli artt. 247 e 251 c.p. (associazione sediziosa) ([127]).

Lo scopo dell'associazione anarchica viene così ricostruito dal Tribunale di Roma:

([126]) «Ma con straordinaria, inusitata sollecitudine — si legge nella cronaca del processo pubblicata sulla *Rivista penale* — dopo soli sette giorni, la Corte regolatrice emanò il suo supremo responso che ritiene le società anarchiche essere associazioni per delinquere. L'interpretazione *legislativa* del Ministro dell'Interno aveva prodotto i suoi frutti» (*Riv. pen.*, 1892, XXXV, 109).

([127]) Tribunale di Roma, 24 marzo 1892, Cipriani ed altri, in *Riv. pen.*, 1892, XXXV, 597 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tutta l'opera dell'associazione mirò sempre a trar profitto d'ogni occasione, e specialmente della crisi operaia e della dimostrazione del 1° maggio, per incitare con manifesti, discorsi, riunioni, ecc., alla disobbedienza della legge, all'odio fra le classi sociali, e far l'apologia di fatti costituenti delitto, e come gli autori singoli dei fatti più salienti furono condannati (Agostinucci, Serrantoni) o sono imputati (Bardi, Cipriani, Palla) nei sensi dell'articolo 247, così logicamente, l'associazione, che non esorbita da tale sfera d'azione e che non risulta avesse scopo di esorbitare nei sensi dell'articolo 248, deve essere colpita a termini degli artt. 247 e 251, e non altrimenti.

Quanto all'estremo del *pericolo per la pubblica tranquillità* — richiesto dall'art. 251 perché l'associazione possa essere ritenuta penalmente illecita — esso viene identificato con la stessa *pubblicità dello scopo* perseguito dall'associazione, la quale induce nei consociati una diminuita opinione della comune sicurezza: l'accento viene così posto sul *profilo soggettivo* della nozione di ordine pubblico (inteso appunto come *status* psicologico generalizzato di sicurezza, dovuto alla mancanza di condizioni di fatto comunemente considerate pericolose), enfatizzandone al di là di ogni dubbio l'ormai elevatissimo livello di astrazione.

Com'è stato esattamente sottolineato, il disinvolto meccanismo interpretativo, fondato sulla descritta identificazione tra pericolo per la pubblica tranquillità e pubblicità del fatto «trasformò l'art. 247 in uno degli strumenti più efficaci di repressione della propaganda socialista ed anarchica e dell'associazionismo operaio, in generale. I giudici, come sottolineava la dottrina, «scoprono dovunque del pericolo», e, ad ogni modo, ove non soccorra l'art. 247, applicano, specialmente quando si tratti di anarchici, direttamente l'art. 246 (istigazione a delinquere), ritenendo che la propaganda — anche dei soli fini — dei movimenti rivoluzionari e anarchici costituisca istigazione ai peggiori reati» ([128]).

In ordine alla difformità della decisione relativa alla norma penale applicabile sia rispetto alla precedente giurisprudenza sugli internazionalisti sia rispetto alle statuizioni della Corte Suprema, il Tribu-

---

([128]) FIORE, *Ordine pubblico*, cit., 1090. «Il requisito del pericolo per la "pubblica tranquillità" — continua l'A. — comunque, è a tal punto svalutato che non solo si contano a decine le sentenze di condanna per il semplice canto di un inno (in particolare per il canto dell'Inno dei lavoratori), ma la pubblicità del fatto viene ritenuta anche quando non siano presenti altre persone, oltre a coloro che intonano il canto».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nale sottolinea come l'art. 251 c.p. rappresenti «una figura di reato nuova consona allo spirito dei tempi, frutto di progresso e di studi», e come, d'altra parte, le precedenti sentenze della Cassazione riguardassero fattispecie concrete del tutto diverse da quella in discussione.

Né vi sono problemi dal punto di vista della competenza, essendo esclusa la natura politica del reato previsto dall'art. 251 ([129]).

4.2. *La sentenza della Corte d'appello di Roma: alle associazioni anarchiche si applica l'art. 248 c.p.*

Tutti gli imputati presentarono appello contro la sentenza: i giudici di secondo grado, con una decisione datata 4 luglio 1892 ([130]) — da più parti criticata, oltre che nel merito, per la verbosità, la prolissità e lo sfoggio di roboante retorica ([131]) — ritennero l'applicabilità dell'art. 248 c.p.

Per l'identificazione dello scopo dell'associazione, la Corte d'appello di Roma fa riferimento ai deliberati del congresso internazionale tenuto dagli anarchici in Svizzera, a Capolago, dal 4 al 6 gennaio 1891:

> ... le risoluzioni di Capolago ... vogliono *espropriazione della proprietà privata in primissimo luogo*, abolizione del Governo e dello Stato in secondo, comune la produzione in terzo.

([129]) Nella voce del *Digesto italiano* dedicata alle associazioni anarchiche si ritiene discutibile l'applicazione fatta dal Tribunale di Roma dell'art. 251 in relazione all'art. 247. In essa si sottolinea «il carattere fittizio e monosillabico che informa le argomentazioni della sua sentenza, riuscendo ben malagevole a rintracciare nell'agitazione e propaganda anarchica l'apologia di fatti che la legge prevede come delitti, l'incitamento alla dissobbedienza della legge ovvero all'odio fra le varie classi sociali: tutte cose che potranno magari esserne la conseguenza, ma che non caratterizzano il movimento anarchico, diretto a ben altro scopo, quello cioè di distruggere: un programma negativo, un programma indeterminato, ma sempre un programma politico» (p. 88).

In senso analogo a quanto stabilito dal Tribunale di Roma si pronunciò, nel giugno successivo, il Tribunale di Sarzana (sentenza 21 giugno 1892, Landi ed altri, in *Riv. pen.*, 1892, XXXV, 148 ss.).

([130]) Corte d'appello di Roma, 4 luglio 1892, Cipriani ed altri, in *Riv. pen.*, 1892, XXXVI, 253 ss.

([131]) Voce *Associazioni anarchiche*, cit., 87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nulla si rileva, peraltro, intorno ai mezzi d'azione approvati dal congresso per il conseguimento di tale obiettivo: mezzi che nulla hanno a che fare con atti di violenza, ma che si concretano bensì in attività di intensa propaganda tra le masse operaie e contadine e nella proclamazione di scioperi. Oltre alla propaganda in ogni forma e all'iniziativa più propriamente rivoluzionaria (fondata soprattutto sull'organizzazione di «operai disoccupati»), fu deciso di «partecipare a tutte le agitazioni e tutti i movimenti operai con lo scopo di propagare i princìpi, di spingere le masse alla loro attuazione e di attuare la traduzione in pratica di tutte le aspirazioni popolari rivoluzionarie...», nonché di cogliere l'occasione del 1° maggio per imprimere al movimento internazionale un «carattere quanto più possibile rivoluzionario», proclamando ovunque uno «sciopero generale» ([132]).

Il ragionamento dei giudici ignora del tutto questo aspetto, pur fondamentale, del programma di Capolago: ancora una volta, la violenza contro le persone o la pubblica incolumità viene considerata una conseguenza inevitabile dell'intento di aggredire il sistema economico fondato sulla proprietà privata dei mezzi di produzione.

Un'affermazione contenuta nella sentenza appare assai indicativa relativamente al già segnalato processo di astrazione che coinvolse la fattispecie di associazione per delinquere, consentendone l'utilizzazione anche in campo politico. In merito alle decisioni giurisprudenziali che avevano escluso l'applicabilità agli anarchici dell'art. 248 c.p., non mirando essi alla realizzazione di un lucro personale — necessario per la sussistenza dei delitti compresi nel libro secondo, titolo decimo, del codice penale, la Corte precisa:

> Non va dimenticato che il lucro, nel significato penale, corrisponde al soddisfacimento di un appetito, che può essere *materiale* o *immateriale*. Ricorrono entrambi nella fattispecie, anche lasciando da parte il saccheggio e la strage.

La realizzazione di determinate aspirazioni politiche, individuali o collettive, viene così ricondotto al *soddisfacimento di un appetito immateriale*: perfino un concetto penalistico inequivoco come quello di *lucro* viene in tal modo deprivato del proprio significato oggettivo, e reso adattabile alle più diverse situazioni.

([132]) SANTARELLI, *Il socialismo anarchico in Italia*, cit., 79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4.3. *La conferma del giudizio di appello da parte della Corte di cassazione. Il rifiuto da parte della Suprema Corte di ogni teorizzazione di carattere generale sulla natura giuridica delle associazioni anarchiche, trattandosi di* apprezzamento di fatto *riservato al giudice di merito.*

La vicenda processuale si concluse con l'intervento della Corte di cassazione ([133]).

Con il primo motivo di ricorso, gli imputati avevano assunto la violazione dell'art. 248 c.p.

quando alle associazioni anarchiche in genere, e a quella di Roma in ispecie, fu dato il carattere giuridico di aver lo scopo della delinquenza contro le persone, la proprietà o l'incolumità pubblica.

La Corte rigettò il ricorso, rifiutando ogni teorizzazione di carattere generale sulla natura delle associazioni anarchiche, trattandosi di un giudizio da formularsi in fatto, secondo le diverse circostanze, e limitato, di conseguenza, alla sola definizione del caso concreto. Secondo la Corte di cassazione, il citato motivo di ricorso si riferisce ad un campo troppo vasto e sconfinato; pertanto

circoscritto l'esame nel suo terreno puramente giuridico, ove debba stare, niente altro occorre che disegnare i fatti quali furono dalla Corte di merito ritenuti, e poi giudicare se i medesimi stanno in rispondenza all'ipotesi di reato previsto dall'art. 248 c.p.

Così impostata la questione dal punto di vista teorico, la Corte scende ad esaminare l'ipotesi specifica relativa alla federazione anarchica romana: essa ritiene del tutto esatto quanto affermato dalla Corte d'appello, che ne aveva identificato il programma con la «distruzione mediante la violenza contro le persone, la proprietà e il potere pubblico istituito per garantire l'una cosa e l'altra», esattamente applicando l'art. 248 c.p.

La sentenza della Cassazione è commentata sfavorevolmente dalla redazione della *Rivista penale* ([134]). In primo luogo, si evidenzia l'illogicità della motivazione in ordine alla ricostruzione del rapporto

([133]) Corte di cassazione, 24 novembre 1892, Bardi e altri, in *Riv. pen.*, 1893, XXXVII, 144 ss.

([134]) *Riv. pen.*, 1893, XXXVII, 145.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fine-mezzo: secondo la Corte — si afferma nella nota — «gli anarchici vogliono distruggere, non mirano ad edificare: lo scopo ultimo di un nuovo ordinamento sociale è per essi così remoto, nebuloso, irraggiungibile, che non può prendersi quale fine dell'associazione: *e come fine quindi debbono considerarsi i mezzi usati* ([135]), nella specie delittuosi, perché improntati a violenza. Ora a noi non sembra argomentazione — sostiene il commentatore — il dedurre dall'apprezzamento soggettivo dell'irraggiungibilità dello scopo la mancanza di esso, e fare sol per questo del mezzo il fine, quasi che il mezzo non rimanga sempre tale, anche quando lo scopo non si raggiunga». Quanto, poi, all'illiceità penale del mezzo, si afferma: «Donde tragga la Corte la prova delittuosa del mezzo non si vede: *essa la deduce dalla stessa natura delle dottrine professate dagli associati* ([136]), con quale petizione di principio ognuno comprende».

Quanto all'applicazione dell'art. 248 c.p., nella nota si sottolinea come la giurisprudenza suprema sia informata a preoccupazioni diametralmente opposte a quelle che muovevano i compilatori del codice. Nella Relazione ministeriale sul Progetto del 1887 si avvertiva che l'art. 248 (239 del progetto) intendeva colpire «l'associazione di un numero considerevole d'individui per far quasi, a così dire, il mestiere di delinquenti» ([137]); e nel testo definitivo del codice si trovava poi «savio e prudente consiglio» introdurre la specificazione dei reati-scopo dell'associazione, come era stato proposto dalla Commissione della Camera dei deputati «per precludere l'adito a pericolose interpretazioni», ed evitare «il pericolo facilissimo di confondere qualche volta un'innocua associazione politica con una società criminosa» ([138]).

«Si ripete ad ogni istante — si legge nella *Rivista penale* — che è nelle fonti che s'avviva la parola e s'illumina lo spirito della legge, ma poi si dimentica di applicare il retto principio allora appunto che più lo richiede la difficoltà e l'importanza altissima e delicata dell'argomento in questione».

Ma, nonostante le numerose — e fondate — critiche, negli anni

([135]) Corsivo non testuale.

([136]) Corsivo non testuale.

([137]) *Relazione* del Ministro Zanardelli sul Progetto di codice penale del maggio 1883, citata da CRIVELLARI, *Il codice penale*, cit., 43.

([138]) *Relazione* della Commissione della Camera dei deputati sul Progetto Zanardelli del 1887, citata da CRIVELLARI, *Il codice penale*, cit., 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

successivi la Corte di cassazione ebbe occasione più volte di confermare l'indirizzo giurisprudenziale volto all'equiparazione *tout court* tra associazioni anarchiche e associazioni per delinquere ([139]).

5. *Il processo agli anarchici di Ancona.*

5.1. *L'applicazione all'associazione anarchica dell'art. 251 c.p., confermata in secondo grado.*

Nel 1898, come si è visto ([140]), si verificò in Italia una serie di sommovimenti sociali, dovuti alla gravissima crisi economica che investì il paese, provocando un notevole peggioramento delle già disagiate condizioni di vita delle classi operaia e contadina. Vi furono numerosi tumulti contro il caro-viveri, cui si rispose con la proclamazione dello stato d'assedio in varie province e con una intensificazione generalizzata della repressione nei confronti delle organizzazioni politiche di classe.

Ad Ancona, partecipò alla dimostrazione contro il caro del pane anche l'associazione anarchica colà esistente, guidata da Enrico Malatesta. In seguito a ciò, il medesimo Malatesta, insieme ad altre sette persone, fu imputato del reato previsto nell'art. 248 c.p., per aver preso parte ad una associazione socialista-anarchica, avente lo scopo di commettere i delitti ivi menzionati.

Il processo, che si svolse davanti al Tribunale di Ancona, concludendosi con la sentenza 28 aprile 1898 ([141]), presenta un particolare interesse sotto due diversi profili: per l'applicazione all'associazione dell'art. 251 c.p., nonostante il diverso orientamento, ormai consolidato, della Corte di cassazione, e per la violazione, denunciata dalla difesa degli imputati, del principio del *ne bis in idem*, in

([139]) Corte di cassazione, 24 febbraio 1893, Bertucci e altri, in *Riv. pen.*, 1893, XXXVIII, 251 ss.; Corte di cassazione, 11 gennaio 1894, Gubbioli, in *Legge*, 1894, I, 296; IDEM., 4 dicembre 1895, Cucè, Gulì e altri, in *Riv. pen.*, 1896, XLIII, 303, n. 553: «Un'associazione di anarchici costituisce, per la sua intrinseca organizzazione e scopo, un'associazione a delinquere», tanto più se i suoi componenti abbiano dato «luminosa prova di discendere alla pratica attuazione dei loro propositi sovversivi».

([140]) Vedi *supra*, cap. I, par. 2.5.

([141]) Tribunale di Ancona, 28 aprile 1898, Malatesta e altri, in *Legge.*, 1898, 420 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quanto i principali elementi probatori che portarono a qualificare come *sediziosa ex* art. 251 c.p. l'associazione anarchica di Ancona erano in realtà costituiti da precedenti condanne, pronunziate dallo stesso Tribunale, contro alcuni componenti dell'associazione nella loro qualità di gerenti o redattori del giornale *L'Agitazione*, e contro altri arrestati durante i disordini per il caro-viveri del 17, 18 e 19 gennaio.

L'inapplicabilità dell'art. 248 c.p. agli anarchici di Ancona deriva, secondo i giudici, dalla loro appartenenza all'area ideologica più evoluta dell'anarchismo, la più vicina a quella dei socialisti legalitari, rappresentata appunto dal Malatesta, nonché da valutazioni relative alla personalità degli imputati, e in particolare alle loro qualità morali, che escludono l'assimilabilità dei medesimi ai comuni delinquenti.

Alla costante giurisprudenza della Corte di cassazione, decisamente orientata — secondo quanto si è avuto modo di notare — verso l'applicazione ai sodalizi anarchici dell'art. 248 c.p., i giudici di Ancona contrappongono precise considerazioni relative alle posizioni ideologiche del Malatesta e dei suoi seguaci, del tutto alieni dal ricorso ad atti di violenza:

> È vero che la nostra Corte regolatrice insegnò alcuni anni addietro che le società anarchiche siano a qualificarsi per commettere delitti, in quanto si prefiggono lo scopo di abbattere la proprietà e distruggere lo Stato, tale scopo sia fine a se stesso e il mezzo utilizzato per raggiungerlo sia la violenza, ma è vero altresì che quell'autorevole Consesso dovè ciò affermare quando gli scopi di tali associazioni parevano appunto fossero la distruzione di tutto l'attuale ordinamento sociale ed economico, per la distruzione e non altro.
>
> Oggi invece che tutta la letteratura sulla materia del socialismo anarchico, gli atti sopra notati e gli scritti di Malatesta, a cui gli altri imputati si uniformano, provano volere i socialisti-anarchici di Ancona *la sostituzione all'attuale assetto economico-sociale di un altro*, secondo cui dovrebbe scomparire la soggezione del lavoro al capitale; oggi che, alla pari dei socialisti legalitarii, gli anarchici giudicabili non vogliono come mezzo assoluto e imprescindibile di applicazione di tal loro sistema la violenza bruta, *ma vogliono quella legale derivante dalle leghe di resistenza, dagli scioperi non violenti, dalle associazioni non delittuose*, e via dicendo, non potrà più negarsi *l'evoluzione della prima idea anarchica*, specie nei rapporti del Malatesta, se si pensi che gli anarchici individualisti, dai quali egli si è separato, ne lo rimproverano acremente di ciò, secondo si desume anche dalle sue polemiche col Pacini e col Gnocchi-Viani e da altri articoli di giornali anarchici in atti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E però *non può dirsi con sicura coscienza che la associazione anarchica di Ancona abbia il fine unico della distruzione di tutto, per la distruzione soltanto, siccome si dovè constatare nelle cause decise dalla Corte Suprema.*

Si nota, in questa decisione, un'attenzione particolare per la verifica puntuale, nel caso concreto, degli scopi, delle finalità perseguite dall'associazione, e dei mezzi predisposti per il loro conseguimento: i giudici rifiutano una aprioristica definizione unitaria del programma politico anarchico, come vòlto sempre e in ogni caso alla distruzione fine a se stessa dell'ordine sociale, avvertendo viceversa l'esigenza di individuarne i diversi aspetti teorici, le diverse scuole di pensiero, per giungere ad un intervento repressivo adeguato e proporzionato, che di tale sostanziale diversificazione sappia tener conto. L'istanza repressiva, infatti, non viene messa in discussione; il Tribunale si dichiara convinto del carattere *sedizioso* dell'associazione, desumibile da una serie di elementi precisi: gli scritti del Malatesta e dei suoi compagni nei vari numeri del giornale «L'Agitazione», organo del «Circolo di studi sociali»; l'opuscolo «Fra concittadini» dello stesso Malatesta; il manifesto elettorale del 19 marzo 1897; le conferenze pubbliche e private tenute ancora dal Malatesta: in particolare, la conferenza di Pietra la Croce, «ove... non si parlò solo del caro pane, ma s'incitò alla resistenza contro la forza pubblica»; le «malevole insinuazioni, invettive lanciate dagli imputati in udienza contro gli attuali ordini costituiti e le persone che li incarnano»; infine, e qui si profila la violazione del *ne bis in idem* cui si faceva cenno in precedenza, le condanne pronunciate dallo stesso Tribunale di Ancona contro i gerenti o redattori de *L'Agitazione*, risalenti al 12 maggio, 7 giugno, 2 agosto e 3 novembre 1897, nonché quelle pronunciate contro gli anarchici arrestati nel corso delle dimostrazioni del 17, 18 e 19 gennaio.

L'ipotesi di una siffatta violazione, evidentemente sollevata dalla difesa, viene respinta dai giudici con decisione:

...da una parte i giornali servono solo per spiegare il vero tenore delle conferenze private... e per confermare le deposizioni del Borgognini, che narra dell'incitamento alla disubbidienza della legge fatto dal Malatesta a Pietra la Croce; dall'altra i fatti di quegli anarchici stanno a rendere verosimile il deposto degli agenti, attestanti che il Malatesta e compagni, i quali per sistema eccitano all'odio di classe, aggiran-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dosi tra i dimostranti del 17 e 19 gennaio, seguivano il sistema medesimo.

Nonostante queste affermazioni, non sembra azzardato ritenere che vi sia effettivamente stata l'utilizzazione di determinati fatti, già oggetto di precedenti giudizi, e la loro «rilettura» in chiave associativa, finalizzate alla repressione dell'attività non più di singoli anarchici, ma dell'intero loro movimento di appartenenza: per «costruire», in altri termini, il reato di associazione. Un'operazione, questa, in qualche modo imposta, o almeno consentita, dalle stesse caratteristiche strutturali della fattispecie penale associativa. Non richiedendosi altro, per la sussistenza della medesima, che la semplice esistenza di una associazione, qualificata da uno scopo delittuoso, prima ed indipendentemente dal concreto verificarsi di un qualsiasi fatto di reato, anche in forma tentata, è evidente che, riducendosi tale scopo al mero *elemento intenzionale*, per la sua definizione possano essere senz'altro utilizzate, insieme alle testimonianze e alla documentazione scritta comprovante l'orientamento ideologico degli accusati, anche le risultanze di procedimenti penali svoltisi in epoca precedente a carico di singoli individui, ritenuti partecipi dell'associazione.

La sentenza del Tribunale fu confermata in secondo grado dalla Corte d'appello di Ancona: il P.M. ed i condannati presentarono ricorso per cassazione. Il P.M. dedusse che, dati i precedenti del Malatesta, le risultanze del procedimento, i principi e i fini della propaganda anarchica, il fatto in esame avrebbe dovuto cadere sotto la sanzione dell'art. 248, e non degli artt. 247 e 251 c.p. Rilevò inoltre che la sentenza impugnata presentava una motivazione contraddittoria, dal momento che, pur ammettendo che gli anarchici vivono per il delitto e nel delitto, non applicava poi il detto art. 248 c.p.

Il ricorso dei condannati faceva invece riferimento alla violazione o falsa applicazione dell'art. 251 c.p., in relazione al precedente art. 247, non essendo tale disposizione applicabile a coloro che si siano uniti nel fine lecito di pubblicare un giornale, valendosi di un diritto loro riconosciuto dallo Statuto fondamentale del Regno e dall'Editto sulla stampa e sottoponendosi alle condizioni prescritte dalla legge per l'esercizio di tale diritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5.2. *La prima sentenza della Cassazione che qualifica le associazioni anarchiche come associazioni sediziose. Le soluzioni repressive alternative contenute nella clausola della insindacabilità del giudizio di fatto.*

La seconda sezione penale della Corte di cassazione, con la sentenza 11 agosto 1898, relatore Lucchini ([142]), respinse entrambi i ricorsi, ritenendo per la prima volta applicabile ad una associazione anarchica l'art. 251 c.p., anziché — come sempre fino a quel momento, — l'art. 248.

Ciò determinò un contrasto interpretativo all'interno della stessa Corte Suprema: nella successiva sentenza 10 febbraio 1899, relatore Manduca ([143]) — il più convinto sostenitore, nel dibattito dottrinale, della natura comune del delitto anarchico, e pertanto della sua punibilità ai sensi dell'art. 248 c.p. — essa fu estremamente recisa nel ribadire la validità dell'orientamento tradizionale, in seguito definitivamente superato.

Nella sentenza emessa dalla Corte Suprema in causa Malatesta è contenuto un giudizio critico, neanche tanto velato, sull'utilizzazione della fattispecie di associazione per delinquere nella repressione dell'attività anarchica:

Che, per quanto possa deplorarsi che il traviamento delle intelligenze e degli animi, da ascriversi a più e complesse cause, tragga a dottrine e a propagande paradossali e sommamente pericolose per il consorzio civile, *non debba il magistrato per combatterne le manifestazioni procedere a esorbitanti applicazioni della legge repressiva, col probabile risultamento di ottenerne l'effetto opposto e certamente quello di togliere autorità e decoro alla legge e alla giustizia...*

La Corte così conclude in ordine al ricorso del P.M.:

... quando però il giudice del merito, e in entrambe le sentenze della presente causa, *con giudizio incensurabile*, escluse nella associazione in disputa l'intento "di commettere reati in genere, sia pure di specie non ancora determinata", sebbene l'art. 248 esiga invece che determi-

---

([142]) Corte di cassazione, II Sezione penale, 11 agosto 1898, Malatesta e altri, in *Foroit.*, 1898, 485 ss.

([143]) Corte di cassazione, 10 febbraio 1899, Perotti, in *Corte Supr. Roma*, 1899, 45 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nata ne sia la specie, debba reputarsi più che vano, assurdo giuridicamente l'insistere sull'applicabilità di tale disposizione.

Quanto al mezzo di ricorso dedotto dai condannati, esso pure, come quello del P.M., va ad infrangersi contro «il sovrano e insindacabile apprezzamento del giudice di merito».

È interessante notare come ad un mutamento tanto significativo della giurisprudenza di legittimità in ordine alla qualificazione giuridica del delitto associativo anarchico, si giunse attraverso l'utilizzazione di quella medesima clausola dell'insindacabilità, da parte della Corte di cassazione, del *giudizio di fatto*, con la quale fino a quel momento si era costantemente avallata l'applicazione alle associazioni anarchiche dell'art. 248 c.p. In realtà, ciò rappresenta una conferma della intrinseca ambiguità di una simile soluzione interpretativa, puntualmente segnalata da Arangio-Ruiz nella Voce della *Enciclopedia giuridica italiana* dedicata al diritto di associazione ([144]). Riferendosi in particolare ad una sentenza della Cassazione romana del 24 aprile 1885, con cui venne confermata una decisione della Corte d'appello di Roma dell'anno precedente che qualificava una associazione socialista come associazione di malfattori, l'Autore afferma: «Né la Cassazione di Roma volle... cancellare siffatto errore, trincerandosi dietro al *giudizio di fatto* ([145]) che non è lecito al supremo collegio di discutere. Ognuno ben vede però che *ex facto oritur jus*, e premesso quel dato di fatto, bisognava ricercare se si trattava di una associazione a scopo sociale o per delinquere contro la proprietà, *il che costituisce indagine giuridica*: ([146])».

La clausola dell'*apprezzamento di fatto*, dunque, conteneva in sé la possibilità di soluzioni repressive alternative (esclusa soltanto la natura politica del sodalizio anarchico, recisamente negata fin dalla prima sentenza della Suprema Corte): ed era pertanto prevedibile che in una fase storica di profonda crisi del movimento anarchico, e quindi di sua diminuita «pericolosità», si sarebbe passati senza traumi eccessivi alla applicazione nei confronti del medesimo di una sanzione penale meno grave. Come osservano giustamente Canosa e Santosuosso, «le associazioni anarchiche andavano pur sempre tenute costantemente sotto controllo ed i loro membri comunque pu-

([144]) ARANGIO-RUIZ, *Associazione (diritto di)*, cit., 965.

([145]) Corsivo non testuale.

([146]) Corsivo non testuale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

niti. Ma la situazione generale e quella del movimento anarchico in particolare (ormai assai debole) consentivano un intervento meno duro ed una punizione più blanda di quella ritenuta necessaria nei primi anni Ottanta». E concludono: «Il filtro costituito dagli articoli sull'ordine pubblico contenuti nel nuovo codice penale aveva, in ogni caso, pienamente funzionato e l'obiettivo di criminalizzare comunque, sia pure in forma graduale, l'associazionismo anarchico era stato pienamente raggiunto» ([147]).

6. *La riproposizione da parte della Suprema Corte della linea interpretativa tradizionale: l'equiparazione delle associazioni anarchiche alle associazioni per delinquere come «postulato della scienza giuridica e del diritto giurisprudenziale».*

La sentenza dell'11 agosto 1898, in causa Malatesta, con cui la Corte di Cassazione aveva per la prima volta definito le associazioni anarchiche come associazioni sediziose *ex* art. 251 c.p., non mancò di provocare preoccupate reazioni, la più importante delle quali venne proprio dalla stessa Corte Suprema.

Alcuni mesi dopo, il 10 febbraio 1899 ([148]), la Cassazione intervenne infatti di nuovo sull'argomento, riaffermando con decisione la linea interpretativa tradizionale, fondata sull'applicazione agli anarchici associati dell'art. 248 c.p. Si tratta di una decisione di estremo interesse, rappresentando la più significativa testimonianza dello scontro tra scuole di pensiero in ordine alla definizione giuridica del delitto anarchico ed agli strumenti da utilizzare per la sua repressione: la pronuncia del 1899 aveva infatti come estensore Filippo Manduca, esponente di quella «penalistica moderata», secondo l'espressione di Sbriccoli, tesa a «formulare in termini giuridici un'opzione tutta ispirata al principio *law under order*, tale da qualificare certe forme di dissenso come reati comuni *tout court*» ([149]).

La sentenza, come si è detto, è datata 10 febbraio 1899: di poco precedente — risalendo al giorno 3 dello stesso mese — è un articolo dello stesso Manduca ([150]), in cui sono anticipate — con precisione

([147]) CANOSA-SANTOSUOSSO, *Magistrati, anarchici e socialisti*, cit., 50.

([148]) Corte di cassazione, 10 febbraio 1899, Perotti, cit.

([149]) SBRICCOLI, *Dissenso politico*, cit., 676 e nota 138.

([150]) MANDUCA, *Il delitto anarchico e il diritto penale italiano*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

letterale — tutte le affermazioni contenute nella motivazione della sentenza.

L'articolo parte dalla considerazione — resa evidentemente più attuale proprio dalla sentenza del 1898 della Corte di cassazione — che la dottrina e la giurisprudenza non hanno ancora raggiunto un accordo sulla natura giuridica del reato anarchico. Ciò dipende, secondo l'Autore, dalla sostanziale e diffusa non conoscenza del «sistema organico dell'anarchismo», nel quale deve essere in realtà ravvisato un *delitto comune*. «L'anarchismo — egli afferma — importa la soppressione radicale dell'organismo sociale, e di tutte le funzioni giuridiche-economiche-politiche-morali dello Stato. Allo Stato, come ente politico-giuridico-sociale, sottentra il caos, ed il funzionamento delittuoso. Il Ranc, un tempo anarchico ed ora senatore in Francia, scriveva che l'anarchia è l'eliminazione dell'autorità sotto i suoi tre aspetti, politico, sociale e religioso, lo scioglimento del governo nell'organismo naturale, a dir breve, la eliminazione radicale del principio di autorità sotto tutte le forme. La soppressione della civiltà e la surrogazione della barbarie, la sparizione degli Stati tutti mercè la violenza, la rivoluzione sociale» ([151]). Fin qui l'articolo: vediamo ora la motivazione della sentenza:

> L'anarchismo importa la soppressione radicale dell'organismo sociale e di tutte le funzioni giuridico-economico-politico-morale, religioso, educativo (*sic*) dello Stato. Allo Stato, come ente politico-sociale, sottentra il caos ed il funzionamento delittuoso. L'anarchia è la eliminazione dell'autorità sotto i suoi tre aspetti politico-sociale e religioso: lo scioglimento del governo nell'organismo naturale, la eliminazione, a dire breve, radicale del principio di autorità, sotto tutte le sue forme, mercè la violenza, la rivoluzione sociale.

Ancora, sia nel saggio sia nella sentenza, si rifiuta ogni distinzione tra le diverse scuole anarchiche, tutte accomunate in un identico giudizio di carattere generale, che ne evidenzia la natura sempre e comunque delittuosa ([152]) in aperta polemica con decisioni, come

---

([151]) MANDUCA, *Il delitto anarchico e il diritto penale italiano*, cit.

([152]) Lo stesso Autore, in un altro articolo pubblicato nel 1899 (*Le moderne scuole anarchico-socialste e il nuovo diritto penale italiano*, in *Cass. Unica*, 1899, X, 705-15 e 737-746) arriva in definitiva a identificare anarchia e socialismo, scorgendo in entrambe le ideologie il medesimo grado di pericolosità.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella prima esaminata del Tribunale di Ancona ([153]), in cui si sottolineava viceversa l'esigenza di considerare, ai fini della individuazione della norma applicabile, il particolare indirizzo ideologico, la particolare «scuola», cui ogni associazione in concreto s'ispira.

Con tale argomento viene respinto il ricorso degli imputati, condannati in primo e in secondo grado per associazione a delinquere, oltre che per un'altra serie di reati. Nell'unico motivo di ricorso, essi osservavano che dai dati di fatto risultanti dalle sentenze del Tribunale di Voghera e della Corte d'appello di Casale, ad essi si sarebbe tutt'al più potuto applicare l'art. 251 c.p., ma certamente non l'art. 248. Essi facevano inoltre presente la loro appartenenza al gruppo anarchico comunista, che ripudiava la propaganda di fatto e l'uso della violenza, sostenute ed applicate invece dagli anarchici individualisti (va notato che al momento) della presentazione del ricorso era già intervenuta la sentenza della Cassazione con cui si ammetteva l'applicabilità agli anarchici dell'art. 251 c.p.).

A tale argomentazione, dunque, la Corte di legittimità oppose l'affermata necessità di un indirizzo repressivo uniforme, fondato sull'applicazione dell'art. 248 c.p. ad ogni associazione anarchica, *per il solo fatto della sua esistenza e della sua autoqualificazione politica.* E concludeva:

> Oggi è un postulato della scienza giuridica e del diritto giurisprudenziale che l'associazione anarchica è un'associazione per delinquere.

In realtà, non si trattava affatto di un postulato, come lo stesso Manduca aveva riconosciuto nel suo scritto ([154]); e proprio attraverso la formulazione di una massima così lapidaria, avente portata teorica generale, e non limitata al caso specifico, si intendeva porre fine ad ogni discussione, annullando al contempo la «pericolosa» variazione determinatasi nella giurisprudenza della Corte Suprema. Ma, come si vedrà, una siffatta aspirazione venne ben presto frustrata, e questa volta in modo definitivo.

([153]) Vedi *supra*, par. 5.1.

([154]) Vedi MANDUCA, *Il delitto anarchico*, cit., 232.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

7. *Il consolidamento dell'indirizzo volto all'applicazione alle associazioni anarchiche dell'art. 251 c.p.*

7.1. *Il processo agli anarchici di Siena.*

Tra la fine del 1900 e l'inizio del 1901 si svolse il processo Crocini — così chiamato dal nome del principale accusato —, che vedeva sul banco degli imputati un gruppo di anarchici di Siena. In tutti i gradi di giudizio, e quindi anche in Cassazione, l'associazione anarchica senese fu qualificata come associazione sediziosa *ex* art. 251 c.p., e fu pertanto sempre respinta l'ipotesi accusatoria fondata viceversa sull'applicabilità dell'art. 248 c.p.

Fu proprio in esito a questo procedimento che la Corte di cassazione ristabilì il principio affermato per la prima volta con la sentenza dell'11 agosto 1898: un principio che, come si è detto, si tentò da più parti di contrastare. Dal carteggio tra il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Firenze e il Ministero di Grazia e Giustizia, relativo al processo Crocini ([155]), emerge con chiarezza la notevole preoccupazione presente in alcuni ambienti della magistratura, e certamente nell'esecutivo, per l'affermarsi di una siffatta tendenza giurisprudenziale.

In data 8 agosto 1900 il Procuratore generale di Firenze inviava al Ministero di Grazia e Giustizia una nota riservata, con la quale dava notizia dello scioglimento, per decreto prefettizio, di una società anarchica di Siena, avvenuto dopo una serie di perquisizioni effettuate nelle abitazioni di alcuni soci, dell'arresto di dieci associati e del loro deferimento dinanzi all'autorità giudiziaria per rispondere del reato di associazione per delinquere.

> Ho disposto — scrive il Procuratore — affinché il relativo processo, di cui mi riservo far conoscere l'esito alla E.V., sia condotto a termine con la massima sollecitudine ed *energia*.

Con ordinanza della Camera di consiglio del Tribunale di Siena, sulle conformi conclusioni del pubblico ministero, gli arrestati furono rinviati a giudizio davanti allo stesso Tribunale per rispondere del delitto previsto dall'art. 248 c.p., per avere in Siena nel luglio 1900

([155]) A.C.S. — Ministero di Grazia e Giustizia — Dir. gen. AA.PP. — Miscellanea, 1901, b. 105. f.l. «Anarchici».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituito un'associazione denominata *Circolo socialista-anarchico Germinal*, avente lo scopo di commettere delitti contro l'amministrazione della giustizia, l'incolumità pubblica, la persona e la proprietà.

Il Tribunale, con sentenza del 12 settembre 1900, ritenne che l'associazione avesse il fine di fare propaganda alle idee anarchiche — attraverso la pubblicazione, tra l'altro, sul giornale *L'Agitazione*, di proteste di solidarietà con gli anarchici di Ancona —, qualificandola di conseguenza come associazione sediziosa, e pronunciando condanne e pene variabili dai tredici ai quindici mesi di detenzione, e dalle 100 alle 200 lire di multa.

Le informazioni relative all'esito del processo sono contenute in una nota spedita dal Procuratore generale al Ministero il 16 ottobre 1900, nella quale si precisa che l'ufficio del Pubblico Ministero ha interposto appello contro la sentenza del Tribunale, e ci si riserva di far conoscere in seguito i risultati del giudizio di secondo grado.

In una successiva nota del 15 gennaio 1901, lo stesso Procuratore generale di Firenze si dilunga sulle motivazioni dell'appello. Il Tribunale, si legge nell'informativa, pervenne nel caso di specie all'applicazione dell'art. 251 c.p.

perché volle ispirarsi unicamente alla sentenza della Corte di Cassazione dell'11 agosto 1898, nella causa Malatesta di Ancona, trascrivendo le considerazioni, senza tener presente che in molte altre decisioni precedenti ... il Supremo Collegio aveva costantemente ritenuto che il complesso di fini e di mezzi che si ripropongono le associazioni anarchiche, rientra nell'ampia categoria specificata nell'art. 248 per le associazioni a delinquere, e senza tener conto che in altre successive, tra cui quella recentissima del 10 febbraio 1899, la Corte Regolatrice tornando sui principi innanzi stabiliti aveva affermato «*ch'è un postulato della scienza giuridica e del diritto giurisprudenziale, che l'associazione anarchica è un'associazione per delinquere*».

In seguito, la Corte d'appello di Firenze, con sentenza 11 gennaio 1901, respingendo tanto il ricorso dei condannati — i quali sostenevano che non risultava provata la costituzione del circolo socialista-anarchico, o per lo meno non era provato che essi vi avessero fatto adesione — quanto quello del P.M., confermò la decisione del Tribunale di Siena, ribadendo che le associazioni anarchiche non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possono essere qualificate come associazioni per delinquere, ma bensì come associazioni sediziose.

Ritenendo però — afferma il Procuratore Generale — che tale principio, del quale le *conseguenze pericolose per la difesa della società contro la nefasta setta anarchica* sono evidentissime, includa aperta violazione dell'art. 248 c.p., ho presentato ricorso per la cassazione della detta sentenza e mi riservo di far conoscere all'E.V. l'esito del giudizio della Corte Suprema.

Il 29 gennaio successivo il Procuratore generale inviò una nuova informativa al Ministro guardasigilli, cui era allegata copia della memoria contenente i motivi di ricorso redatta dal Sostituto Procuratore, e pienamente approvata dallo stesso Procuratore generale

perché — egli afferma — mi sembra che trattisi di questione la quale altamente interessa la difesa della civile Società contro una setta che vorrebbe distruggerla con la violenza e col sangue e *le aberrazioni d'un fatale dottrinarismo che fa sentire la sua funesta e deleteria influenza ancora nelle aule di giustizia.*

7.2. *La preoccupazione delle Procure per gli orientamenti garantisti presenti nella magistratura.*

È evidente la gravità di un'affermazione di questo genere — che giustifica la dicitura «riservata alla persona» apposta alla nota informativa: nell'orientamento giurisprudenziale che respinge l'assimilazione delle associazioni anarchiche alle associazioni per delinquere si scorge addirittura una forma di larvata connivenza di una parte della magistratura con l'ideologia anarchica, ormai capace di far sentire la propria influenza persino nelle aule di giustizia. Una affermazione che, tuttavia, esprime bene l'autentico «complesso di accerchiamento» che affliggeva le consorterie moderate di fronte al progredire delle teorie politiche rivoluzionarie.

Si tratta in sostanza — continua il Procuratore — o di nuovamente consacrare la *pericolosa massima*, pur troppo proclamata dal Supremo Collegio giudiziario di Roma, con la sentenza dell'11 agosto 1898 in causa contro Malatesta ed altri, a relazione del Cons. Lucchini, che cioè le associazioni anarchiche non possono, solo perché tali, qualificarsi as-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sociazioni a delinquere, perché non basta un vago proposito degli associati di commettere violenze o vie di fatto in genere per l'attuazione di ideali più o meno chimerici e plausibili; ovvero disconoscerla, facendo prevalere il principio autorevolmente sancito dalla stessa Corte di cassazione con ripetute e costanti sue decisioni, prima delle quali quella del 21 ottobre 1891, a relazione dell'illustre suo Primo Presidente Ghisiglieri, che cioè il complesso dei fini e dei mezzi che si propongono le associazioni anarchiche rientra nell'ampia categoria specificata dall'art. 248 del c.p. fra le associazioni a delinquere.

Dopo aver ricordato come tale principio fosse stato da ultimo ribadito con la sentenza 10 febbraio 1899, in causa contro Perotti ed altri, relatore Manduca, il Procuratore così conclude:

E ciò prima che tale verità, a parer mio evidentissima, venisse confermata dall'esecrando regicidio di Monza, in cui l'efferato assassino del più buono dei Re fu il sicario della setta nefanda della quale i più o meno plausibili ideali sono la strage, la rovina, la distruzione.

Ma neppure il clima di emozione suscitato dal regicidio poté impedire l'affermarsi dell'indirizzo interpretativo così duramente stigmatizzato dal Procuratore generale di Firenze. Il 13 aprile 1901 egli si vedeva infatti costretto ad informare il Ministero — il quale aveva esplicitamente richiesto di essere tenuto al corrente della conclusione del procedimento ([156]) — che la Corte di cassazione aveva respinto il ricorso presentato dal suo Ufficio «con incrollabile convincimento che dovesse essere accolto».

La sentenza della Suprema Corte, pronunciata il 12 marzo 1901 ([157]), respinse il ricorso del P.M., ritenendo di non poter sindacare l'apprezzamento di fatto del giudice di merito:

Trattandosi ... di un giudizio che si fonda sopra un mero *apprezzamento di fatto, com'è quello che riguarda l'obiettivo o lo scopo di una determinata associazione anarchica*, non è detto al S. C. di farne censura.

Veniva così riaffermata la validità di quanto statuito nel 1898

([156]) Dispaccio 30 gennaio 1901 del Ministero di Grazia e Giustizia, diretto al Procuratore generale di Firenze.

([157]) Corte di cassazione di Roma, II Sezione penale, 12 marzo 1901, Crocini e altri, in *Riv. pen.*, 1901, LIII, 536.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con la sentenza relativa agli anarchici di Ancona: nello stesso giorno in cui si concludeva il processo Crocini, la Corte di cassazione pronunciava un'altra decisione, in causa Di Paolo, di identico contenuto ([158]). Di grande interesse un'altra sentenza di poco successiva ([159]), nella quale, accertato come il giudice di merito avesse riscontrato, *in fatto*, che l'associazione anarchica in discussione mirava all'apologia di fatti costituenti reato, ad incitare alla disubbidienza alla legge, nonché all'odio tra le diverse classi sociali, in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, ipotesi tutte contemplate dagli artt. 247 e 251, la Corte affermava:

> Il Supremo Collegio ..., in vista di questa speciale *posizione di fatto* che lo ferma, in vista della esclusione di quelle ipotesi stesse che costituiscono la base dell'art. 248, e concentrato l'esame nella presente causa, *non trova opportunità alcuna a sfoggiar definizioni teoretiche sulla natura generica delle combriccole anarchiche in generale*, come si richiede dal ricorso del P.M., che rompe negli scogli di fatto della sentenza di merito.

La Corte, dunque, delimitò con precisione il proprio campo d'azione, esplicitando il significato di fondo della clausola della insindacabilità dell'apprezzamento di fatto: non spetta al giudice della legittimità stabilire in linea teorica generale la natura giuridica delle associazioni anarchiche — definizione che, semmai, sarebbe spettata al legislatore. Ad esso compete unicamente l'indagine caso per caso, per verificare se l'applicazione in fatto delle diverse disposizioni penali corrisponda alle circostanze oggettive accertate dal giudice del merito. Una scelta interpretativa, questa, che se da un lato trovò la ferma opposizione di un autore come Arangio-Ruiz, che ne sottolineava la intrinseca ambiguità, incontrò peraltro anche non pochi consensi. Vescovi, ad esempio, nella Voce del *Digesto italiano* dedicata all'istigazione a delinquere, così commentava la sentenza della Suprema Corte da ultimo citata: «E questa giustizia, la quale rifugge da affermazioni aprioristiche e valuta la responsabilità dei cittadini alla stregua dei fatti accertati, è certamente la più conforme ad un regime liberale. È sotto questo punto di vista che noi troviamo lodevole la sentenza 3 giugno 1901 della Cassazione, P.M. in c. Borzacchini

([158]) Corte di cassazione, 12 marzo 1901, Di Paolo, in *Cassa. Unica*, 1901, XII, 736.
([159]) Corte di cassazione, 3 giugno 1901, Borzacchini, in *Riv. pen.*, 1901, LIV, 161.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ed altri, nella quale fu deciso esser apprezzamento di fatto il ritenere se una associazione anarchica rientri nel disposto dell'art. 248 od in quello dell'art. 251» ([160]).

In realtà, la sensazione che si trae dall'esame complessivo dell'indirizzo giurisprudenziale sulle associazioni anarchiche, è che la Corte di cassazione abbia dovuto ad un certo momento prendere atto della esistenza, nella magistratura di merito, di un orientamento maggioritario volto all'applicazione dell'art. 251. Tra le stesse sentenze edite, come si è visto, le decisioni di primo e di secondo grado si caratterizzano in genere per la loro adesione a tale linea interpretativa: è probabile che un'indagine a tappeto effettuata sulle pronunce inedite — certo, di difficilissima realizzazione — sarebbe in grado di rilevare in molti casi, per gli anni dal 1891 al 1899, una mai sopita difformità tra le sentenze dei giudici di merito e quelle della Corte Suprema.

Ciò sembra trovare indiretta conferma in una nota informativa inviata dal Procuratore generale di Ancona al Ministro guardasigilli il 1° febbraio 1901, in cui, dandosi notizia dell'arresto di nove individui, tutti anarchici, avvenuto la sera del 27 gennaio nella contrada di Pietra la Croce, presso Ancona, si afferma che gli stessi erano stati denunciati dall'Ufficio di P.S. al locale Procuratore del Re *per il solito titolo di associazione sediziosa*, ai sensi del combinato disposto degli artt. 247 e 251 c.p.

Nella nota si precisa inoltre che quattro degli arrestati avevano già in precedenza subìto una condanna dal Tribunale di Ancona, il 19 dicembre 1900, per il medesimo titolo di reato ([161]).

([160]) VESCOVI, *Istigazione a delinquere*, cit., 739.

([161]) A.C.S. — Ministero di Grazia e Giustizia — Dir. gen. AA.PP. — Miscellanea, 1901, b. 105, f.l. «Anarchici».

«La nuova denunzia — si afferma nella nota — si basa in sostanza sul fatto che gli imputati fanno capo al giornale anarchico «L'AGITAZIONE», di cui l'Angelozzo, dopo la carcerazione del Giardini... ha assunto la direzione, e col mezzo del giornale e in altri modi continuano a far propaganda dei loro propositi sovvertitori degli ordinamenti sociali».

Quanto all'esito del procedimento, il Procuratore generale si mostra pessimista:

«Dopo l'interrogatorio degli imputati, con ordinanza odierna, questa Camera di Consiglio, ha disposto la scarcerazione di tutti gli arrestati, non consentendo il titolo del reato denunziato la loro custodia preventiva, e d'altronde né i fatti denunziati e neanche i documenti sequestrati offrono alcun elemento per dare alla denunzia una figura di delitto più grave, *ed anzi non so se la stessa denunzia possa riuscire a buon esito*».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si accenna, quindi, ad una denuncia «per il solito titolo di associazione sediziosa»: il che sembra sottintendere una prassi applicativa dell'art. 251 c.p. ormai tanto consolidata da essere seguita anche dall'autorità di P.S., che nei primi anni Novanta aveva costantemente fatto riferimento, nelle denunce effettuate in occasione dell'arresto di anarchici associati, al titolo di associazione per delinquere *ex* art. 248 c.p.

Si tratta, certamente, soltanto di un'ipotesi ricostruttiva, che dovrebbe essere suffragata da ulteriori ricerche, e che tuttavia gli elementi raccolti — pur nella loro incompletezza — consentono senz'altro di proporre.

8. *Gli orientamenti della giurisprudenza in ordine al problema della struttura organizzativa. La progressiva eliminazione dall'elemento «associazione» del requisito dell'organizzazione.*

Attraverso l'analisi fin qui condotta della giurisprudenza di fine secolo sulle associazioni anarchiche si è cercato di individuare quale definizione sia stata data dello *scopo* dell'associazione, inteso come «elemento di struttura del sodalizio criminoso, quindi come sua ragion d'essere» ([162]). L'indagine su tale elemento ha consentito di evidenziare quale nozione di *ordine pubblico* — bene giuridico tutelato dagli artt. 248 e 251 c.p. — sia stata assunta nella interpretazione giurisprudenziale: una nozione che, relativamente alla fattispecie di associazione per delinquere, si compendia in definitiva nella difesa da ogni aggressione, anche soltanto ideologica, dell'ordine politico e sociale costituito, fondato sui modi di produzione e di ripartizione della ricchezza propri del sistema borghese, e che nell'altra ipotesi dell'associazione sediziosa raggiunge un elevatissimo livello di astrazione, con la sottolineatura del solo suo *profilo soggettivo* — inteso come *status* psicologico di sicurezza dei consociati — operata attraverso la disinvolta identificazione dell'estremo del *pericolo per la pubblica tranquillità* con la mera *pubblicità dello scopo*.

Si tratta ora di considerare il secondo elemento caratterizzante il

([162]) PATALANO, *L'associazione per delinquere*, cit., 98-99, il quale sottolinea che l'elemento dello scopo deve essere esaminato da un duplice punto di vista: oltre che, come si è detto, come elemento di struttura del sodalizio criminoso, anche come «caratteristica del dolo che qualifica le singole condotte di associazione».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fenomeno associativo, quello della *organizzazione* posta in essere per il raggiungimento di un determinato scopo: a tal fine, si ripercorreranno le decisioni già esaminate sotto questo diverso profilo.

Già negli ultimi anni precedenti all'entrata in vigore del codice del 1889, accanto alla tendenza giurisprudenziale che continuava a far leva, nella definizione del concetto di associazione, sulla nozione di *banda*, la quale presupponeva un determinato modello organizzatorio, iniziò a consolidarsi un orientamento — destinato a diventare prevalente — volto a sancire «un indiscutibile predominio dell'elemento intenzionale», secondo quanto afferma Insolera. Il requisito oggettivo dell'associazione «resta solo eventualmente ancorato ai dati descrittivi codificati ... L'elemento associazione perdendo l'oggettiva, originaria specificità, normativa e culturale, induce necessariamente ad un approfondimento dell'indagine sul fine dei consociati» ([163]).

Il processo si compì definitivamente con la giurisprudenza degli anni Novanta sul nuovo codice penale, che escluse con decisione dall'elemento associazione il requisito dell'organizzazione. Un ruolo fondamentale, in questo, fu giocato proprio dalle sentenze riguardanti le associazioni anarchiche.

Nella pronuncia del 14 ottobre 1891, la Corte d'appello di Ancona ([164]), nel definire gli estremi costitutivi del reato previsto dall'art. 248 c.p., affermava:

> ... il reato di associazione a delinquere, a' sensi dell'art. 248 c.p., racchiude essenzialmente il concetto dell'*accordo* di cinque o più persone a fine di commettere, non questo o quel reato, ma una serie di delinquenze del genere nello stesso articolo indicato, dal che deriva la necessità del concorso di un triplice estremo a costituirlo; e cioè associazione, numero e scopo.

Si nota, in questa definizione, una intrinseca contraddittorietà: mentre gli elementi del delitto vengono esattamente ravvisati nella *associazione* e nello *scopo* ([165]), si pone al contempo l'accento sulla no-

([163]) INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, cit., 35.

([164]) Corte d'appello di Ancona, 14 ottobre 1891, Contadini ed altri, cit.

([165]) Anche secondo la Corte di cassazione a costituire il reato di cui all'art. 248 non occorrono che due soli elementi: da un canto, l'associazione di cinque o più persone; dall'altro il fine che le stesse si propongono di commettere delitti attinenti ai vari titoli enumerati nell'art. medesimo (sentenza 24 novembre 1892, Bardi ed altri, cit.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione di *accordo*, che si distingue dall'associazione proprio per la mancanza del *fattore organizzativo* ([166]): appare del tutto evidente come la sostanziale riduzione dell'associazione al mero accordo delittuoso equivalga a negare qualsiasi rilevanza dell'organizzazione nell'ambito della struttura associativa: un orientamento vòlto in definitiva a depauperare il reato associativo del suo elemento strutturale più qualificante — l'associazione, appunto — che troverà conferma nella giurisprudenza successiva, di merito e di legittimità.

Così il Tribunale di Roma, nella sentenza 24 marzo 1892, in causa Cipriani ([167]), richiamandosi alla *Relazione* della Commissione speciale del Senato sul Progetto del nuovo codice, sottolineava come, agli effetti penali, non fosse affatto necessaria la prova di una associazione perfettamente organizzata, essendo sufficiente «un certo numero di persone raccolte insieme da un comune intento delittuoso». Esclusa, anche in questo caso, la necessaria presenza di un apparato organizzativo, l'associazione veniva identificata con il semplice *dato numerico* dell'esservi cinque o più persone determinate a raggiungere un comune obiettivo penalmente illecito.

Assai significativa, in ordine al problema dell'organizzazione, è la sentenza 4 luglio 1892 della Corte d'appello di Roma ([168]), in cui è contenuta l'affermazione più palese e disarmante della necessaria ed ineliminabile *indeterminatezza della fattispecie associativa*, i cui confini non possono non essere del tutto nebulosi. Secondo la Corte, per *associazione* il legislatore intende

> un manifesto concorso di più volontà, verificatosi con fine ed intento

([166]) BRICOLA, *Cospirazione politica*, cit., 125, mette in luce come il reato previsto nell'art. 305 c.p. («cospirazione politica mediante associazione») rientri nella categoria generale dei reati accordo, rispetto ai quali si differenzia proprio per la presenza del *fattore organizzativo*, cioè della «predisposizione degli strumenti e dei mezzi tali da consentire il raggiungimento dello scopo.» «La presenza dell'elemento organizzativo — continua l'A. — preclude la possibilità di considerare la cospirazione politica mediante associazione quale reato a contenuto esclusivamente psicologico; caratteristica che, viceversa, connota tutti i reati accordo». Vedi anche CODAGNONE, *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enciclopedia forense*, Milano, 1958, vol. II, 787. Secondo VASSALLI, *Accordo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano 1958, vol. I, 302, nei reati di associazione si richiede, oltre all'accordo per svolgere una determinata condotta, un *vincolo associativo*, e cioè «la volontà degli autori di considerarsi uniti ed obbligati reciprocamente in modo duraturo».

([167]) Tribunale di Roma, 24 marzo 1892, Cipriani ed altri, cit.

([168]) Corte d'appello di Roma, 4 luglio 1892, Cipriani e altri, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comuni. Infiniti gli scopi, indefinite le modalità che presiedono alla nascita, all'adolescenza, all'attività virile da caso a caso; indeterminabile ogni e qualsiasi categoria; irricercabile ogni statuto, regolamento o altra simile ragione interna di essere o di muoversi: *inutile investigare se la legge esiga, o no, un'organizzazione, come composta e di quale guisa funzionante*: tutto ciò tende all'assoluto in materia dove impera il relativo.

Il punto di riferimento fondamentale nella definizione giurisprudenziale dei caratteri del reato associativo, è costituito dalla sentenza della Corte di cassazione 24 novembre 1892 ([169]), in cui importanti considerazioni sono dedicate proprio al tema dell'organizzazione.

Secondo la Corte, giustamente i giudici di secondo grado ritennero che con l'art. 248 c.p. non si intende colpire «un ente giuridicamente costituito col suo patto fondamentale scritto e sottoscritto, e i suoi organi che lo rappresentano», ma volle colpire il semplice *accordo* tra più persone «dal quale provenga la determinazione di commettere una serie di delitti».

Il giudice della legittimità, quindi, conferma in pieno l'interpretazione affermatasi nella magistratura di merito, secondo cui l'associazione si riduce essenzialmente ad un mero *accordo*: con le importanti conseguenze che saranno esaminate nel prossimo paragrafo.

9. *Le conseguenze derivanti dall'esclusione del requisito dell'organizzazione dalla fattispecie penale associativa.*

«Come ogni Governo ha sentito la necessità di premunirsi contro le cospirazioni, anche prima di ogni atto di esecuzione, così la società, per la tutela dei diritti dei cittadini, ha dovuto non solo reprimere i reati consumati o tentati, ma anche il fatto della preparazione di alcuni delitti per opera di associazioni che si siano formate allo scopo di commettere quei delitti.

E poiché la teoria vieta di considerare come tentativo gli atti meramente preparatorii, è stato necessario il formare un titolo speciale di reato, analogo a quello della cospirazione contro i poteri pubblici,

([169]) Corte di cassazione, 24 novembre 1892, Bardi e altri, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per il quale si punisce il fatto dell'associazione allo scopo di delinquere, anche prima che alcun atto di esecuzione abbia avuto luogo» ([170]).

Le parole di Garofalo pongono l'accento con estrema precisione sulla natura di *atto preparatorio* della associazione per delinquere — opinione questa su cui si registra nella dottrina del periodo statutario una sostanziale unanimità ([171]): in questo senso, Zerboglio sottolinea incisivamente l'«intrinseca formalità del reato», il quale si risolve nella «incriminazione di un semplice intendimento criminoso nella costituzione del sodalizio illecito, non seguito da specifiche azioni delittuose» ([172]). Il concetto trova puntuale conferma anche nella giurisprudenza sulle associazioni anarchiche, in una importante pronuncia della Cassazione, più volte citata: la sentenza 24 novembre 1892, relativa al processo Cipriani ([173]). Si legge nella motivazione:

> La determinazione di commettere uno o più delitti, che in rapporto a un solo individuo non assume il carattere di reato, ove sia presa da più persone e per una serie di azioni delittuose, assunse, per l'art. 248, come lo avea nei precedenti codici, il carattere di una seria minaccia per l'ordine pubblico, e quindi il solo fatto dell'associazione fu elevato a reato, indipendentemente da qualsiasi principio di esecuzione dei reati.

È evidente come le affermazioni della Corte implichino rilevanti conseguenze dal punto di vista della ricostruzione del diritto di associazione: com'è stato esattamente notato, «il nesso fra associazioni e libertà individuali era destinato ad incrinarsi, quando si fosse ravvisata nei soggetti collettivi una *forza* non riducibile ad una somma di attività individuali» ([174]). In altri termini, dal riconoscimento che «la collettività, a prescindere dalla forza individuale che gli associati

---

([170]) GAROFALO, *Associazione per delinquere*, cit., 1111.

([171]) Vedi, tra gli altri, CRIVELLARI, *Il codice penale*, cit., 54; DE RUBEIS, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 1024-1025; UGENTI-SFORZA, *Associazione di malfattori*, cit., 62-63; WAUTRAIN CAVAGNARI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 741-742.

([172]) ZERBOGLIO, *Delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 56, nota 1.

([173]) Corte di cassazione, 24 novembre 1892, Bardi e altri, cit. Nello stesso senso, vedi la sentenza 3 giugno 1901, Borzacchini, cit.

([174]) In dottrina vedi UGENTI-SFORZA, *Associazione di malfattori*, cit., 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presentano, costituisce un'altra forza nella società» ([175]), doveva necessariamente derivare una riduzione della sfera d'azione dell'ente collettivo, al quale venivano posti limiti assai più penetranti di quelli riferiti al singolo individuo, sul piano della repressione penale prima di tutto, ma anche in ordine ai poteri di prevenzione.

La tradizionale impostazione liberale, a lungo dominante, che faceva leva sul fondamento strettamente individualistico del diritto di associazione, era dunque destinata ad entrare in crisi al momento del suo impatto con il problema della difesa dell'ordine costituito dall'attività dei movimenti politici extra-istituzionali. Così, alla fine dei convulsi anni Novanta, in una monografia dedicata da Minguzzi proprio al limite delle attività avverse alla costituzione, si legge: «È incontestabile che quando un'associazione si forma, *è un grande potere pubblico che viene alla vita*, un potere dotato di forza morale e fisica; di forza morale, perché la presenza di una grande personalità collettiva agisce potentemente sugli animi; di forza fisica per la *possibilità di volgere mediante la dipendenza da un capo e il rapporto disciplinare molteplici forze contemporaneamente ad un medesimo scopo*» ([176]).

Va peraltro notato come il superamento della teoria secondo cui il diritto di associazione doveva essere considerato come una emanazione del diritto individuale rappresenti una diretta conseguenza della *natura dell'ente associativo*, rivelata dallo studio della sua *organizzazione*. Osserva l'Autore che «un'associazione è impensabile senza statuti obbligatori per coloro che ne fanno parte, senza autorità sociali, senza gli organi della sua vita (presidente, adunanza, consiglio amministrativo ecc.), senza un'obbligazione da parte dei suoi componenti. Senza conoscere questi elementi e particolarmente senza apprezzare tutta la forza del vincolo corporativo, non si ha un'idea giusta di ciò che sia l'organismo delle associazioni» ([177]).

Ma, come si è visto, la dottrina dominante, e soprattutto la giurisprudenza, negarono ogni rilievo al fattore organizzativo, restringendo il concetto di associazione punibile a quello di un semplice accordo intervenuto tra almeno cinque persone. Ciò significa che in sede di interpretazione fu snaturato l'elemento su cui si fonda dal pun-

([175]) RIDOLA, *Democrazia pluralistica*, cit., 111.
([176]) MINCUZZI, *Il limite delle attività avverse alla costituzione*, cit., 171-172.
([177]) MINGUZZI, *op. cit.*, 171.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to di vista teorico la sussistenza in concreto di un vero sodalizio criminoso, il quale presuppone una struttura organizzata. Non va infatti dimenticato che la ragione della sanzione penale risiede proprio nel *fatto* della associazione: la pericolosità sociale, insita nella sola esistenza di un vincolo associativo finalizzato alla commissione di una serie di delitti contro l'ordine pubblico, giustifica l'anticipazione della tutela ad una fase addirittura precedente al tentativo, quella degli atti preparatori, i quali ordinariamente — secondo i principi generali — non assumono rilevanza penale ([178]). Ora, l'eliminazione del requisito dell'organizzazione comporta in realtà gravi ed importanti conseguenze: in particolare — com'è stato incisivamente messo in luce da Insolera in riferimento alla fattispecie prevista nell'art. 416 del codice vigente, per la quale si pongono problematiche del tutto analoghe —, essa determina una estrema difficoltà nel disegnare un confine netto tra associazione per delinquere e accordo non punibile, nell'ipotesi che non sia stato commesso alcun reato, e tra associazione per delinquere e concorso di persone, soprattutto nel reato continuato, nel caso si sia giunti alla effettiva commissione di uno o più reati ([179]).

Questi aspetti, d'altra parte, erano stati già colti con precisione dalla dottrina penalistica del periodo statutario. Scriveva in proposito Marciano: «Sovente, nella pratica amministrazione della giustizia, solo perché cinque o più persone abbiano partecipato ad un reato continuato, si eleva, insieme all'imputazione del delitto specifico, anche quella di *associazione per delinquere*. Ciò costituisce un errore, prodotto dalla confusione del criterio giuridico del delitto di associazione per delinquere con quello della *compartecipazione criminosa*; e l'errore diventa più difficile e frequente per mancanza di insegnamento concorde, preciso e determinato nella dottrina e nella giurisprudenza» ([180]).

Zerboglio, dal canto suo, sottolineava la gravità del problema in ordine alla punibilità del solo reato di associazione: «Ora, se *l'associazione per delinquere* implica, fuor di dubbio, un grave pericolo sociale, è sempre maggiore il pericolo sociale di una condanna la quale coinvolga un individuo in un reato severamente punito, senza l'ac-

([178]) Vedi UGENTI-SFORZA, *Associazione di malfattori*, cit., 61.
([179]) INSOLERA, *Associazione per delinquere*, cit., *passim*.
([180]) MARCIANO, *Questioni di diritto*, Napoli, s.d., 263.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certamento assoluto della "societas sceleris" e ciò tanto più, nei casi in cui si addebiti il reato di associazione, non stato seguito in confronto dell'imputato da alcun atto criminoso nel tempo ed in occasione dell'associazione stessa» ([181]).

Considerando la questione dall'angolazione specifica della repressione penale delle associazioni politiche anti-istituzionali, il problema che si pone in riferimento alla assoluta indeterminatezza del concetto di associazione — e prescindendo qui del tutto dal profilo fondamentale della lesione del diritto alla libera manifestazione del pensiero — è quello della utilizzabilità del diritto alla fattispecie associativa per la criminalizzazione di intere *aree di dissenso politico*, capaci tutt'al più di esprimere gruppi informali, cementati soltanto da una comune matrice ideologica e da una comune progettualità ad essa conseguente, ma di certo non riconducibili — singolarmente considerati ovvero nel loro complesso — alla figura ben definita della *organizzazione politica*. Una osservazione non priva di interesse a proposito dell'orientamento giurisprudenziale relativo alla definizione del concetto di associazione, proviene da Zerboglio. Egli si dichiara concorde con l'eliminazione dai requisiti necessari dell'associazione di quello della sua regolare costituzione, essendo senza alcun dubbio assurdo pretendere che una associazione penalmente vietata possa considerarsi esistente solo se costituita attraverso le forme sacramentali richieste per una associazione lecita. L'errore della giurisprudenza, secondo l'Autore, è stato quella di non avere operato una distinzione fra *organizzazione formale* e *organizzazione di fatto*: negata la prima, essa si è avviata a negare anche la seconda, che è, per definizione, un elemento della associazione. La soluzione proposta non appare tuttavia convincente, non fornendo l'Autore alcuna precisa indicazione in ordine ai caratteri distintivi di tale organizzazione di fatto, e spostando ancora una volta l'accento sull'elemento soggettivo del reato, vale a dire sul dolo dei singoli associati: «L'attenzione degli interpreti della nostra legge positiva — egli afferma — deve quindi rivolgersi alla natura di tale "organizzazione di fatto" ed in particolare alla "scienza e coscienza" nei singoli

([181]) ZERBOGLIO, *L'essenza dell'«associazione» nel reato di associazione a delinquere*, in *Riv.dir.proc.pen.*, 1913, IV, parte I, 672.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soci, di appartenere ad una società criminosa e di agire per i suoi scopi» ([182]).

Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, il problema si ripropose puntualmente nella giurisprudenza sulle associazioni socialiste, con una ulteriore complicazione: l'indagine riguardante la perseguibilità di una associazione soltanto perché aderente ad una organizzazione maggiore, finalizzata al raggiungimento di scopi ritenuti contrari alla legge. Si tratta della questione, controversa e variamente risolta, dell'adesione al partito socialista dei lavoratori da parte di singole realtà associative locali.

III. La costruzione dei limiti alla libertà di associazione politica nella giurisprudenza di fine ottocento: i socialisti.

1. *La giurisprudenza sulle associazioni socialiste: i dati di carattere generale emergenti dal materiale esaminato.*

L'esame della giurisprudenza relativa alle associazioni socialiste consentirà di dare completezza al discorso sulla *costruzione giurisprudenziale* del reato associativo e sul clima politico in cui maturarono le scelte repressive di fine secolo.

L'aspetto del tutto originale di questo settore della giurisprudenza — accanto al problema controverso e variamente risolto della qualificazione delle organizzazioni socialiste come «associazioni sediziose» *ex* art. 251 c.p. — è costituito dalla interpretazione della legge eccezionale e temporanea 19 luglio 1894, n. 316, che vietava le associazioni e riunioni tendenti a sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali. Viene così affrontato il tema della applicabilità di tale disposizione — originariamente destinata, secondo le dichiarazioni ufficiali, alla lotta contro l'anarchia ([183]) — alle associazioni politiche che avevano aderito al Partito socialista dei lavoratori ita-

([182]) Zerboglio, *op. ult. cit.*, 676.
([183]) Vedi *supra*, parte I, par. 2.5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liani ed ai deliberati del Congresso che quest'ultimo aveva tenuto a Reggio Emilia nel settembre del 1893.

Nell'ambito dell'interpretazione della nuova norma, si definiscono le nozioni di *sovversione degli ordinamenti sociali* e di *vie di fatto*, mettendo in luce il *carattere preventivo* dell'incriminazione, di cui viene inoltre sottolineata la natura *comune*, e non politica, al fine di evitare l'applicazione ai colpevoli dei benefici previsti per gli autori di delitti politici — così come era avvenuto per i membri delle associazioni anarchiche.

Indicazioni di estremo interesse emergono anche in merito alle dinamiche interne alla magistratura — che assunse in questa materia, specialmente nei suoi gradi inferiori, un atteggiamento tutt'altro che monolitico — ed ai rapporti fra magistratura ed esecutivo, in relazione ai quali va segnalata la circolare del Ministro guardasigilli n. 1246 del 10 ottobre 1894, con cui si stabiliva che fosse inviata al Ministro copia delle sentenze emesse a conclusione dei procedimenti penali contro i componenti delle associazioni disciolte ai sensi del citato art. 5 legge n. 316/1894 e 21 del relativo regolamento di esecuzione ([184]).

Tra le sentenze edite — in tutto trentadue — tredici sono di giudici di merito e diciannove della Corte di cassazione. Quanto alle prime, si contano ben dieci assoluzioni, e soltanto tre condanne; il rapporto è rovesciato nelle pronunce della Corte Suprema, assolutorie in soli tre casi, e in nove casi di condanna, mentre sette sono gli annullamenti (per errore di diritto o per difetto di motivazione) ([185]).

Le pronunce inedite, reperite nell'Archivio Centrale dello Stato sono diciassette, tutte di giudici di merito, e soltanto otto di esse sono sentenze di condanna; numerose sono le ordinanze istruttorie di non luogo a procedere per insufficienza di prove o per inesistenza di reato.

Ancora prima dell'analisi del contenuto delle decisioni, già il numero assai elevato delle assoluzioni e dei proscioglimenti istruttori

([184]) Il riferimento alla suddetta circolare è contenuto nella nota informativa inviata — unitamente alle copie di alcune sentenze — dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Parma al Ministro Guardasigilli il 29 novembre 1894, in A.C.S. — Ministero di Grazia e Giustizia — Direzione generale AA.PP. — Miscellanea — b. 100, f.l., vol 2°, 1895 «Partito Socialista dei lavoratori italiani».

([185]) Sono state inoltre reperite numerose massime della Corte di cassazione pubblicate nel Massimario della *Rivista penale*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rivela la diffusa refrattarietà dei giudici a riconoscere nell'attività dei circoli socialisti quel carattere sedizioso che il governo aveva inteso loro attribuire. Non per questo, tuttavia, il giudizio sull'operato complessivo della magistratura deve dirsi positivo: è, infatti, da sottoscrivere l'opinione secondo cui l'impiego nei confronti delle organizzazioni socialiste degli artt. 247 e 251 c.p. e dell'art. 5 legge n. 316/1894, spesso fondato sul nulla, «avrebbe dovuto essere immediatamente e totalmente sconfessato da un "terzo ordine" degno di questo nome, come un illegale tentativo di criminalizzare un gruppo politico che operava in piena armonia con i princìpi dello Statuto" ([186]).

2. *Lo scioglimento prefettizio delle associazioni aderenti al partito socialista ai sensi dell'art. 5 legge 19 luglio 1894, n. 316. L'eterogeneità degli orientamenti della magistratura in ordine alla loro qualificazione penale.*

Lo scioglimento simultaneo, con decreti prefettizi del 22 ottobre 1894, delle società socialiste esistenti in trentacinque province del regno, in applicazione dell'art. 5 legge n. 316/1894, costituì la premessa per l'inizio di moltissimi procedimenti penali a carico dei membri delle società medesime ([187]). Gli orientamenti assunti dalla magistratura, come si è detto, furono i più vari: in non pochi casi, nell'attività delle associazioni e dei circoli socialisti non venne ravvisato alcun estremo di reato e numerosi furono i proscioglimenti in fase istruttoria e le assoluzioni; altrettanto spesso, tuttavia, in quella stessa attività si riconobbe o il delitto di associazione sediziosa previsto dall'art. 251 c.p., in combinato disposto con il precedente art. 247, ovvero di associazione diretta alla sovversione per vie di fatto degli ordinamenti sociali *ex* art. 5 della legge eccezionale, o, infine, entrambi i reati congiuntamente.

Una siffatta disomogeneità di valutazioni, relativa talora alla sussistenza stessa di un fatto di reato, e talora alla riconducibilità di una

([186]) R. Canosa-A. Santosuosso, *Magistrati, anarchici e socialisti*, cit., 65.

([187]) Vedi *supra*, parte I, par. 2.5. Lo scioglimento delle società socialiste, essendo escluse le isole, venne compiuto in 35 delle 60 province del continente. Nelle altre 25 non esistevano sezioni del partito dei lavoratori italiani (*Riv. pen.*, 1895, XLI, 78).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

medesima fattispecie concreta ad una piuttosto che ad un'altra norma incriminatrice, veniva a tradursi in una palese disparità di trattamento degli imputati, evidente non solo da un punto di vista sostanziale, ma anche sul piano della procedura: mentre, infatti, l'imputazione di cui all'art. 5 legge n. 316/1894 comportava la competenza pretorile, nella diversa ipotesi in cui venissero contestati congiuntamente il citato art. 5 e l'art. 251 competente a giudicare era il tribunale. E proprio in riferimento al giudice monocratico, si era deplorato in dottrina che «un giudice amovibile, di sede e di ufficio, qual è il pretore, decida dell'esistenza del diritto di associazione, e sia posto arbitro tra il potere esecutivo e la libertà degli associati» ([188]).

Per quanto attiene, in particolare, al delitto di associazione sediziosa, va notato come si inizi a parlare di una sua possibile utilizzazione in chiave antisocialista soltanto nel 1894, dopo l'emanazione delle leggi c.d. «antianarchiche». In realtà, legislazione eccezionale e persecuzione penale del socialismo rappresentano una diretta conseguenza, da un lato, del timore — assai radicato nelle classi dirigenti — di un'estensione al continente dell'esperienza insurrezionale dei Fasci siciliani ([189]), e dall'altro dal processo di consolidamento organizzativo intrapreso dal partito socialista, in particolare con il Congresso nazionale di Reggio Emilia del 1893.

Nelle motivazioni dei decreti prefettizi era contenuta la precisa indicazione — evidentemente rivolta alla magistratura — delle norme penali applicabili ai membri delle società socialiste disciolte ([190]),

---

([188]) IMPALLOMENI, *Magistrato competente*, cit., 402. Sulla notevole difformità degli orientamneti presenti nella magistratura vedi FROLA, *L'art. 5 della legge 19 luglio 1894*, cit., 409-410; LECCI, *Commento* alle sentenze 7 febbraio 1895 della Corte d'appello di Lucca e 19 marzo 1895 della Corte d'appello di Firenze, in *Giur. it.*, 1895, XLVII, parte II, 152; NULLI, *Governo e magistratura di fronte ai socialisti*, Bologna, 1895, 39 ss., secondo il quale è facile trovare una esauriente spiegazione del fenomeno «nelle diverse risultanze di fatto, nelle varie forme e nei differenti modi in cui si estrinsecava l'attività dei sodalizi disciolti» (p. 40).

([189]) Sull'atteggiamento dei dirigenti socialisti nei confronti del movimento dei Fasci siciliani vedi CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, cit., vol. VI, cit., 430 ss. Vedi anche le osservazioni di ARFÉ, *Storia del socialismo italiano*, (1892-1926), Torino, 1977, 58 ss., secondo il quale «il movimento siciliano, in ogni sua fase, non soltanto si sviluppa fuori del controllo del partito socialista, ma riesce ai maggiori esponenti del partito — la "camorra milanese" nel giudizio di un corrispondente di De Felice — altrettanto incomprensibile che se in luogo di una regione italiana, si fosse trattato dell'Africa nera» (p. 59).

([190]) In *Riv. pen.*, 1895, XLI, 78-79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e proprio sulla falsariga di tali decreti furono modellate le motivazioni di numerose pronunce di condanna, spesso vere e proprie sentenze-fotocopia, tipiche di una magistratura in gran parte influenzata dai voleri dell'esecutivo. L'avviso di quest'ultimo, d'altra parte, risulta con chiarezza anche da una nota ministeriale del 30 ottobre 1894 — cui si fa riferimento nel carteggio tra il Procuratore generale di Napoli e il Ministro di grazia e giustizia relativo allo scioglimento dei circoli socialisti nelle province di Napoli e Benevento ([191]) — secondo la quale

> ... tenuto conto delle intenzioni e dei proponimenti esplicitamente manifestati nel programma, statuto e tattica del partito dei lavoratori italiani, quali appaiono dai verbali delle sedute del Congresso radunato in Reggio Emilia nei giorni 8, 9, 10 settembre 1893, ogni *adesione pubblica* di qualsiasi altra associazione, dia ragione a procedere a termini della legge 19 luglio 1894 in correlazione agli artt. 247 e 251 c.p.

3. *Le sentenze che escludono l'applicazione ai socialisti dell'art. 251 c.p.*

3.1. *L'elemento dell'organizzazione secondo il Tribunale di Milano. Il profilo probatorio del delitto di associazione sediziosa.*

Le decisioni in cui viene affrontato — con esiti diversi — il problema dell'applicabilità alle associazioni aderenti al partito socialista degli artt. 247 e 251 c.p., presentano un particolare rilievo sotto il profilo della definizione degli estremi costitutivi del reato di associazione sediziosa.

La prima sentenza in argomento viene emessa il 31 dicembre 1894 dal Tribunale di Milano, a conclusione del processo che vede tra gli imputati Filippo Turati ([192]). Ad avviso del collegio giudicante, sia i *caratteri strutturali* sia lo *scopo* perseguito portano ad esclude-

([191]) Il riferimento alla nota ministeriale 30 ottobre 1894 D. 2a S. 1a n. 1180 p. è contenuto nell'informativa inviata il 3 novembre successivo dal Procuratore generale del Re presso la Corte d'appello di Napoli al Ministro Guardasigilli, in A.C.S. — Ministero di Grazia e Giustizia — Direzione generale AA.PP. — Miscellanea — b. 100, f. 1, vol. 2°, 1895 «Partito socialista dei lavoratori italiani».

([192]) Tribunale di Milano, IIIa Sezione, 31 dicembre 1894, Turati e altri, in *Riv. pen.*, 1895, XLI, 239 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

re con certezza la punibilità delle sezioni milanesi del partito socialista dei lavoratori ai sensi degli artt. 247 e 251 c.p.

Quanto all'*organizzazione* — la «costituzione organica» delle associazioni — il Tribunale osserva che

> L'associazione di cui è cenno nell'art. 251 c.p., in relazione agli artt. 248, 247 del codice stesso, include il concetto di rapporti personali fra i singoli soci nell'intento e nell'azione comune, di un programma di azione nettamente definito e prestabilito, di assegnazione di funzioni ai singoli partecipanti all'associazione per l'attuazione pratica degli scopi dell'associazione stessa.

Tali estremi non si riscontrano nelle associazioni indicate nell'atto di citazione, per le quali «manca ogni nozione sull'azione demandata ai singoli soci, i quali scompaiono e sono assorbiti dall'ente partito».

Alla medesima conclusione il Tribunale giunge riguardo allo *scopo* («finalità») delle associazioni in esame, desunto da alcuni documenti, definiti come «i corpi di reato del processo»: si tratta del programma—statuto e della tattica del partito socialista dei lavoratori e del verbale stenografico del Congresso di Reggio Emilia, i quali, come si vedrà, costituirono quasi sempre le sole «prove» utilizzate nei processi contro i socialisti. Ad avviso dei giudici, lo scopo del partito socialista — coincidente con «l'emancipazione del proletariato», da conseguirsi «mediante la conquista dei pubblici poteri col mezzo del voto elettorale, onde ottenere la socializzazione dei mezzi di lavoro e la gestione sociale della produzione» — è cosa del tutto diversa dall'incitamento alla disobbedienza alla legge e all'odio fra le classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità. È, infatti, decisamente da escludere l'incriminabilità sulla base dell'art. 251 c.p. di associazioni che, lungi dall'eccitare ad atti aggressivi contro la proprietà privata, si limitano ad aspirare ad un diverso assetto economico, svolgendo un'attività incentrata sulla propaganda politica.

La sentenza in esame sollecita alcune considerazioni. In essa, infatti, si pone l'accento sulla necessaria sussistenza di un determinato *modello organizzativo* ai fini dell'applicazione dell'art. 251 c.p.: deve trattarsi, come si è visto, di un'associazione in cui siano chiaramente delineati i «rapporti personali fra i singoli soci nell'intento e nell'azione comune», con l'«assegnazione di funzioni ai singoli par-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tecipanti», ed in cui sia presente un «programma di azione nettamente definito e prestabilito». Un programma di azione che, peraltro, non può esaurirsi nella sola propaganda ideologica, ma che deve invece riferirsi alla commissione dei reati previsti e puniti dall'art. 247 c.p. Nella specie, viene esclusa la presenza di tali estremi, e la conseguente configurabilità delle sezioni socialiste milanesi quali associazioni sediziose; alle medesime viene tuttavia applicato l'art. 5 della legge del 1894. Se ne deve dedurre, pertanto, il più elevato spessore probatorio richiesto dall'art. 251 c.p. rispetto alla fattispecie prevista dalla legislazione eccezionale: in questo senso si esprime anche la sentenza 11 febbraio 1895 del Tribunale di Roma ([193]), ove si pone in rilievo come il maggior rigore dell'art. 5 si riferisca ai *criteri della punibilità*, agli *elementi del reato* — evidentemente più generici ed indefiniti — e non alla pena, che nella nuova legge è molto più mite rispetto a quella comminata nella disposizione contenuta nel codice. Allo stesso modo, in dottrina si rilevò come dalla lettura delle sentenze edite nelle riviste giuridiche, emergesse la più frequente applicazione dell'art. 5 legge n. 316 rispetto agli artt. 247 e 251 c.p.: «né la cosa sembra strana — fu il commento dell'Autore — a chi consideri... le maggiori difficoltà ed esigenze di prova per l'accertamento di questo delitto» ([194]).

3.2 *L'insufficienza della sola propaganda ai fini della perseguibilità penale delle associazioni socialiste. La separazione di competenze tra autorità politica e autorità giudiziaria.*

Il concetto della insufficienza della sola attività propagandistica svolta dall'associazione per concretare il reato di cui all'art. 251 c.p. è contenuto anche in due ordinanze del giudice istruttore presso il Tribunale di Roma, datate entrambe maggio 1897, con cui si dichiara il non luogo a procedere per difetto di indizi nei riguardi, rispettivamente, dei componenti della Federazione socialista e della Camera del lavoro di Roma, entrambe sciolte dall'autorità di P.S. ([195]).

([193]) Tribunale civile e penale di Roma, 11 febbraio 1895, Lollini, Marabini e altri, in *Cass. unica*, 1895, VI, 434.

([194]) NULLI, *Governo e magistratura*, cit., 42.

([195]) In A.C.S. — Ministero di Grazia e Giustizia — Direzione generale AA.PP. — Miscellanea — b. 101, f. 6, 1897 «Associazione e riunioni — Scioglimento e divieto».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Con due note del 12 e del 14 gennaio 1897 il Procuratore generale di Roma informava il Ministro guardasigilli Costa della denunzia, effettuata dalla questura al Procuratore del Re ai sensi dell'art. 247 c.p., dei membri della Commissione esecutiva della Camera del lavoro e della Federazione socialista e dei circoli che ne facevano parte. Nella sua risposta del 18 gennaio successivo (di cui è conservata la minuta), il Ministro afferma:

... non dubito che si procederà nelle necessarie indagini istruttorie con ogni diligenza e ponderazione, e attendo, prima che venga presa qualsiasi deliberazione definitiva, di essere opportunamente informato.

Il 20 maggio, il Procuratore trasmetteva al Ministro copia delle due ordinanze di non luogo a procedere

le quali, rispondendo ai risultati della istruttoria, e per i motivi in essa esposti, *non mi appaiono suscettibili di opposizione*.

Come emerge dall'ordinanza ad essa relativa ([196]), la federazione socialista romana si era costituita nel marzo del 1895, in sostituzione dei disciolti fasci dei lavoratori, ed aveva diramazioni in vari paesi del Lazio. I fatti addotti nella denuncia della questura a sostegno dell'imputazione *ex* art. 247 c.p. — tra i quali l'organizzazione, ad Albano, di una dimostrazione di cento ragazzi per ottenere dal municipio le panche per la scuola; la richiesta, da parte del circolo di Marino, dell'«aumento di determinate mercedi»; la propaganda, effettuata dai socialisti di Zagarolo, al fine di «ottenere con la usurpazione arbitraria la divisione dei terreni nella regione Marianella» (si noti, tra l'altro, che per alcuni dei fatti in contestazione, già oggetto di distinti giudizi, era operante il divieto del *bis in idem*) — pur essendo qualificati dal giudice come «manifestazioni sediziose», non furono tuttavia ritenuti penalmente perseguibili, in quanto «non ogni manifestazione basta a costituire il delitto di cui all'art. 247», occorrendo *fatti personali e positivi* del singolo che costituiscano l'apologia di un reato o l'incitamento alla disobbedienza alla legge o, infine, l'incitamento all'odio fra le classi sociali.

([196]) Giudice istruttore presso il Tribunale penale di Roma, ordinanza 4 maggio 1897, Marabini, Lollini e altri.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quanto al delitto di associazione sediziosa, il giudice osserva che:

dagli eccessi di affiliati al partito socialista per la propaganda ed affermazione dei loro princìpi, non può argomentarsi che le associazioni socialiste abbiano per scopo prossimo e diretto i delitti di cui all'art. 247 c.p... ove pericolo sorga che tali sodalizi trascendano nella esplicazione della loro attività potrà allora sorgere, come nel caso, la necessità di scioglierli quali misura politica preventiva indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale.

Anche in questo caso, pertanto, si esclude che la propaganda dei princìpi socialisti, per quanto caratterizzata da toni radicali, possa, qualora sia svolta da soggetti riuniti in associazione, connotare quest'ultima come «sediziosa». Si pone inoltre in rilievo la netta separazione di competenze tra autorità politica e autorità giudiziaria legata alla difformità dei presupposti che legittimano i rispettivi interventi: gli estremi in ricorrenza dei quali è consentita l'emissione di un provvedimento *preventivo* di scioglimento dell'associazione possono essere infatti del tutto insufficienti a radicare un procedimento penale ai sensi dell'art. 251 c.p., per il quale si richiede la presenza di elementi *ulteriori*, quali un certo tipo di *organizzazione* e lo *scopo* specifico di commettere i reati previsti dall'art. 247 c.p.

Nello stesso senso si esprime la seconda delle ordinanze citate, relativa ai componenti della Commissione esecutiva della Camera del lavoro ([197]). Anche in questo caso, si tratta di un proscioglimento istruttorio motivato dalla mancanza di prove sia della responsabilità personale degli imputati per il delitto di cui all'art. 247 c.p., sia della «degenerazione» della Camera del lavoro, cui essi appartenevano, in associazione sediziosa.

4.1 *La lettura dell'art. 251 c.p. in chiave di «pericolo concreto». L'estremo della «pubblicità».*

«Se dunque, con l'articolo 251 si vuol colpire una propaganda collettiva sediziosa — scrive De Rubeis nel suo commento ai delitti

([197]) Giudice istruttore presso il Tribunale penale di Roma, ordinanza 4 maggio 1897, Ferri Sotero, Penna e altri.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contro l'ordine pubblico — il carattere di tale propaganda non può desumersi *a priori* dalla organizzazione di un sodalizio e da' principi che esso professi, in altri termini, dalla possibilità che lo stesso scenda alla effettuazione di mezzi violenti, ma da un *fatto concreto* ([198]), in cui siasi rivelata l'attività di qualcuno de' soci, e da quegli altri elementi che inducano a far ritenere che quell'uno agiva d'accordo con gli altri, e interpretando e traducendo, per così dire, il pensiero degli stessi. Estremo indispensabile alla incriminazione è *il modo pericoloso di quella propaganda per la pubblica tranquillità* ([199]), epperò la pericolosità deve essere qualche cosa di reale e non di potenziale» ([200]). E proprio sulla carenza di tali elementi — il *pericolo per la pubblica tranquillità*, inteso in senso attuale e reale; *fatti concreti e materiali* diretti ad incitare alla disobbedienza alla legge o all'odio fra le classi sociali — si fondano alcune pronunce di merito con cui viene esclusa, nel caso di specie, l'applicabilità alle associazioni socialiste dell'art. 251 c.p. Così, la ricordata sentenza 11 febbraio 1895 del Tribunale di Roma sottolinea come, per aversi il reato di eccitamento all'odio fra le varie classi sociali — l'unico addebito contestato agli imputati, poi assolti per insufficienza di prove — sia necessario l'estremo del pericolo per la pubblica tranquillità. Prendendo spunto dalla Relazione ministeriale sul progetto di codice penale del 1887 ([201]), il Tribunale osserva che «è indispensabile che il pericolo

([198]) Corsivo non testuale.

([199]) Corsivo non testuale.

([200]) DE RUBEIS, *Dei delitti contro l'ordine pubblico,* cit., 1082.

([201]) Questo è il brano della *Relazione* citato in motivazione:

«L'eccitamento all'odio fra le diverse classi sociali, espresso in modo così assoluto, mi pareva troppo generico e pericoloso, non essendo difficile ravvisare gli estremi del reato in una semplice espressione di sentimenti avversi ad una determinata classe di cittadini, quale può esser fatto in un pubblico discorso ispirato da uno scopo di riforme civili o sociali. Laonde credetti opportuno di precisar meglio ed individuare espressamente quello che già dovevasi ritenere implicito nel concetto della legge, che cioè si abbia a perseguire penalmente chi eccita all'odio fra le varie classi sociali sol quando ne consegua un turbamento nella opinione della generale sicurezza, ossia quando il fatto sia commesso in modo pericoloso per la pubblica tranquillità».

I giudici romani fanno inoltre riferimento alla sentenza 3 luglio 1890 della Corte d'appello di Napoli, nella causa Bergamasco, Lombardi ed altri, secondo cui «non costituisce il reato di cui all'art. 247, l'appello mediante scritti e discorsi pubblici, anche in forma vivace e con espressione di sentimenti avversi alla classe abbiente, a partecipare ad una dimostrazione intesa a proclamare in modo solenne e concorde la rivendicazione dei diritti dei lavoratori».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non sia soltanto ipotetico, ma che gli animi siano stati eccitati per il pericolo che i reati avvenissero».

Lo stesso orientamento è seguito dalle Corti d'appello di Lucca ([202]) e di Firenze ([203]).

La sentenza della Corte di Lucca riguarda l'associazione socialista «Diritti e Doveri» di Campiglia Marittima, sciolta con decreto del Prefetto di Pisa 16 ottobre 1894, i cui dirigenti erano stati denunciati dal delegato di P.S., con rapporto del 24 successivo, ai sensi degli artt. 247 e 251 c.p. e dell'art. 5 della legge 19 luglio 1894. Il Tribunale di Volterra, davanti al quale fu discussa la causa il 21 e 22 novembre, aveva ritenuto gli imputati colpevoli, condannandoli sulla base degli artt. 247 e 251 c.p., e dichiarando assorbita in tale maggiore imputazione l'altra prevista dall'art. 5 della legge eccezionale. La Corte d'appello, al contrario, pronunciò una sentenza di assoluzione per inesistenza di reato. Uno svolgimento analogo, sfociato in una assoluzione per insufficienza di prove, presenta il procedimento relativo alla Federazione regionale toscana del partito socialista dei lavoratori italiani, di cui si occupò la Corte d'appello di Firenze ([204]). Entrambe le Corti si soffermano sul significato pregnante rivestito dall'estremo del pericolo per la pubblica tranquillità, inteso, in particolare, dai giudici fiorentini come

l'avvenuto perturbamento nella opinione della generale sicurezza, non nel senso che dall'incitamento ne seguissero dei reati... ma che gli animi siano stati eccitati, per il pericolo che seguano dei reati ([205]).

([202]) Corte d'appello di Lucca, 7 febbraio 1895, Danielli ed altri, in *Giur. it.*, 1895, XLVII, parte II, 145 ss.

([203]) Corte d'appello di Firenze, 19 marzo 1895, Pescetti ed altri, *ivi*, 150 ss.

([204]) La federazione regionale toscana del partito socialista dei lavoratori italiani venne sciolta in applicazione del decreto 19 ottobre 1894 del prefetto di Firenze, ed i suoi componenti furono denunciati come responsabili dei reati previsti dagli artt. 247 e 251 c.p. e 5 legge 19 luglio 1894, n. 316. Il Tribunale penale di Firenze, con sentenza 1 dicembre 1894, ritenendo pienamente provato l'addebito, ed assorbita nella maggiore imputazione degli artt. 247 e 251 c.p. la minore dell'art. 5 legge eccezionale, aveva condannato tutti gli imputati a sei mesi di detenzione e a 100 lire di multa, nonché alle pene accessorie previste dalla legge. La Corte d'appello assolse gli imputati per insufficienza di prove.

([205]) Aderisce all'impostazione secondo cui il *modo pericoloso* «non possa desumersi se non dall'apprensione del pubblico» MARCHETTI, *Intorno all'incriminabilità delle associazioni socialiste*, in *Suppl. Riv. pen.*, 1894-95, vol. III, 300. Sul carattere *concreto* del pericolo vedi DE RUBEIS, *Dei delitti contro l'ordine pubblico,* cit., 1082-1083; LECCI, *Commento,* cit., 157.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La Corte di Lucca, da parte sua, pone l'accento sulla imprescindibile sussistenza di «fatti certi, positivi ed univoci» addebitabili con certezza agli imputati, mentre in una sentenza di poco successiva — anch'essa assolutoria — ribadisce il carattere «*non formale*» del reato di associazione sediziosa ([206]), precisando di nuovo che gli artt. 247 e 251 c.p. richiedono un *fatto fisico esteriore*» che cagioni l'incitamento all'odio di classe in modo pericoloso per la pubblica tranquillità.

In tutte le sentenze citate, infine, viene posta in rilievo la necessaria ricorrenza di un altro estremo essenziale, quello della *pubblicità*, comune alle tre figure di reato delineate dall'art. 247 c.p., estremo del quale

si evitò ogni determinazione perché il magistrato potesse desumerlo in ciascun caso dalla forma adoperata, dal luogo e dal numero delle persone in rapporto al carattere del reato ([207]).

4. *Le sentenze che applicano ai socialisti l'art. 251 c.p. La lettura della norma in chiave di «pericolo astratto». La dilatazione, voluta dall'esecutivo, dell'estremo della «pubblicità».*

All'orientamento fin qui descritto — vòlto ad ancorare l'applicabilità dell'art. 251 c.p. ad un determinata configurazione in concreto degli elementi costitutivi della fattispecie, con particolare riguardo alla sussistenza di un pericolo effettivo ed attuale di turbamento della pubblica tranquillità — si contrappone un diverso indirizzo interpretativo, in cui tali elementi vengono al contrario svalutati, svuotati di contenuto, riproponendosi in definitiva quella nozione di *ordine pubblico ideale* — coincidente con la difesa degli assetti di potere consolidati — già tipica della giurisprudenza sulle associazioni anarchiche.

Ad un concetto puramente *astratto* di pericolo si fa riferimento

---

([206]) Corte d'appello di Lucca, 26 settembre 1895, Masini ed altri, in *Giur. it.*, 1895, XLVII, 348 ss.

([207]) Corte d'appello di Firenze, 19 marzo 1895, Pescetti ed altri, cit. Pone l'accento sull'estremo della *pubblicità* come «circostanza di modalità, di estrinsecazione, ma modalità... di vera sostanza» Lecci, *Commento*, cit., 154.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella sentenza 7 febbraio 1895 della Corte d'appello di Modena ([208]), con cui vennero ritenuti colpevoli del reato di associazione sediziosa i componenti della Lega socialista di Carpi, sciolta con decreto prefettizio del 22 ottobre 1894, *per il solo fatto* di «avere aderito ai deliberati del Congresso di Reggio Emilia». La Corte ritiene che a costituire il delitto di incitamento all'odio tra le classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità basta «la *possibilità* che l'ordine pubblico sia turbato in ragione di tempo, di luogo e di altre circostanze, che si presentino nei singoli casi».

Così secondo i giudici non è sufficiente a scagionare dall'imputazione il fatto accertato che dall'attività dell'associazione non sia derivato alcun reale pericolo per la tranquillità pubblica, bastando a far ritenere tale pericolo come esistente le deposizioni degli ufficiali di P.S., i quali affermino — nonostante le testimonianze contrarie dei capi delle pubbliche amministrazioni civili locali — di avere temuto che qualche pericolo potesse nascere.

Nessun fatto, dunque, da cui sia ragionevolmente desumibile una elevata probabilità di commissione di reati, con conseguente turbamento dell'ordine pubblico: ma la sola ipotetica possibilità che un pericolo si verifichi, dedotta dai timori e dalle opinioni soggettive di qualche poliziotto troppo zelante. Questa discutibilissima interpretazione costituisce — per usare le parole di un commentatore dell'epoca — «l'esempio più classico di esagerazione del più pauroso fra i sistemi preventivi»: essendo, infatti, il pericolo possibilità di un evento, se la legge — come vuole la Corte modenese — si accontentasse della «possibilità di pericolo di incitamento pericoloso», essa «colpirebbe come delitto doloso la possibilità di una possibilità (pericolo) di una possibilità (incitamento) di una possibilità (turbamento della pubblica tranquillità)» ([209]).

Ancora più severa è la Corte d'appello di Venezia ([210]), che condanna ai sensi dell'art. 251 c.p. i membri dell'associazione socialista di Legnago, nonostante il fatto che gli stessi delegati di p.s. ed il ma-

([208]) Corte d'appello di Modena, 7 febbraio 1895, Bertesi e altri, in *Giur. it.*, 1895, II, 35 ss.

([209]) MARCHETTI, *Intorno all'incriminabilità*, cit., 300. Sulla scorta dell'opinione di Marchetti, critica la sentenza della Corte modenese DE RUBEIS, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 1082, nota 1.

([210]) Corte d'appello di Venezia, 16 febbraio 1895, Zanollo, De Mori e altri, in *Temi Veneta*, 1895, 181 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

resciallo dei carabinieri avessero dichiarato che mai il circolo di Legnago aveva dato motivo di temere per la pubblica tranquillità, né vi era mai stata necessità di reprimere disordini originati dal circolo medesimo: secondo la Corte, l'estremo del «modo pericoloso per la pubblica tranquillità» deve ritenersi sussistente «per il fatto stesso della abituale riunione di socialisti in una sede fissa al manifesto scopo e con l'inevitabile risultato di agevolare le intelligenze, gli accordi e la preparazione del terreno alla attuazione dei fini vagheggiati».

L'estemo della «pubblicità», inoltre, non può dirsi escluso nemmeno dal carattere privato delle riunioni del circolo, essendo sufficiente a concretarlo la *propaganda* delle risoluzioni adottate in quella sede, effettuata attraverso la stampa del partito.

D'altra parte, che una siffatta interpretazione del concetto di pubblicità — svincolata dal carattere pubblico dell'attività della associazione, ed identificata in sostanza con la propaganda a mezzo stampa — fosse la più funzionale rispetto alle esigenze di una repressione generalizzata, e pertanto la più gradita all'esecutivo, emerge con chiarezza del carteggio tra il Procuratore generale di Bologna e il Ministro guardasigilli, relativo al circolo socialista «Angelo Roli» di Massalombarda, sciolto con decreto del sottoprefetto di Lugo del 24 febbraio 1894 (prima, quindi, dell'entrata in vigore delle leggi eccezionali) ([211]). I capi dell'associazione furono denunciati ai sensi degli artt. 120, 135 e 247 c.p., sulla base delle «corrispondenze, emblemi e deliberazioni sequestrati nella sede del circolo». In seguito, con ordinanza 28 giugno 1894 della Camera di consiglio del Tribunale di Ravenna, fu dichiarato nei loro confronti il non luogo a procedere. Il P.M. fece opposizione all'ordinanza davanti alla Sezione d'accusa della Corte d'appello di Bologna sostenendo l'applicazione agli imputati degli artt. 247 e 251 c.p., e chiedendo quindi il loro rinvio al Tribunale; ma la Corte — scrive il Procuratore al Ministro — con sentenza 3 agosto

rigettava l'opposizione per apprezzamenti di fatto che senza più sarebbero stati dichiarati incensurabili in cassazione, ragione per cui non credetti di interporre ricorso ([212]).

([211]) In A.C.S. — Ministero di Grazia e Giustizia — Direzione generale AA.PP. — Miscellanea — b. 99, f. 1066, 1894 «Associazioni e riunioni — Scioglimento e divieto».

([212]) Nota inviata dal P.G. presso la Corte d'appello di Bologna al Ministro guardasigilli in data 16 agosto 1894.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La Sezione d'accusa fondava la sua decisione proprio sull'assenza dell'estremo della pubblicità ([213]); ma il Ministro, cui era stata trasmessa copia dell'ordinanza, sollecitò invece la presentazione del ricorso per cassazione da parte del P.G., contestando con energia la nozione di «pubblicità» accolta dai giudici bolognesi, a suo modo di vedere eccessivamente restrittiva:

Codesta Sezione d'accusa, nella sentenza di cui mi ha trasmesso copia, dichiarò in sostanza che non solo debbono essere accompagnati dal carattere della pubblicità i fatti costituenti l'incitamento alla disobbedienza della legge e all'odio fra le classi sociali, per potersi ravvisare gli estremi del delitto punibile giusta l'art. 247 c.p.; ma che deve essere pubblica anche l'associazione diretta a commettere quel delitto, la quale si punisce in forza dell'art. 251. Ora, poiché a me sembra che tale modo di applicare la legge sia contrario al letterale disposto del detto art. 251, come lo è, certamente, agli *urgenti bisogni dell'ordine pubblico*, piaccia a V.S.Ill.ma di portarvi il Suo attento esame e, se ne conviene, denunciare la detta sentenza all'Ecc.mo Proc. Gen. della Corte di cassazione per eventuale annullamento nell'interesse della legge ([214]).

Il ricorso fu così presentato, e la decisione della Sezione d'accusa della Corte d'appello di Bologna venne annullata per violazione di legge della Corte di cassazione, con sentenza 19 novembre 1894 (della quale, peraltro, non si è rinvenuta copia nel carteggio) ([215]).

5. *La giurisprudenza della Corte di cassazione. L'applicabilità dell'art. 251 come «apprezzamento di fatto» riservato al giudice del merito. L'interpretazione dei requisiti del «pericolo per la pubblica tranquillità» e della «pubblicità».*

Si può osservare, in conclusione, che gli atteggiamenti contrastanti assunti dai giudici di merito in ordine all'applicabilità ai socialisti del reato di associazione sediziosa derivarono principalmente da una valutazione non uniforme dell'estremo del *pericolo*; a questo

([213]) Corte d'appello di Bologna, Sezione d'accusa, ordinanza 3 agosto 1894, Gardi e altri.

([214]) Nota del Ministro di Grazia e Giustizia del 22 agosto 1894 (minuta portante la dicitura «urgente»).

([215]) Il riferimento alla sentenza di annullamento della Corte Suprema è contenuto nella nota inviata dal P.G. di Bologna al Ministro Guardasigilli in data 5 dicembre 1894.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proposito, fu notato in dottrina come i giudizi che avevano seguito immediatamente gli scioglimenti e le denunce delle associazioni si fossero conclusi in genere con sentenze di condanna, non di rado ai sensi dell'art. 251 c.p., mentre invece i proscioglimenti parziali o totali e le dichiarazioni di non luogo a procedere si fossero avuti quasi sempre nei giudizi d'appello o in quei pochi di prima istanza che erano stati celebrati soltanto alcuni mesi dopo lo scioglimento dell'associazione. Secondo Nulli, questo «facilmente si spiega considerando nel tempo trascorso un mezzo efficacissimo a dileguare o attenuare le tracce del pericolo»; è certo, infatti, che tali tracce e «gli elementi di convinzione della sua effettiva esistenza si perdevano o s'indebolivano man mano che s'allontanava il giorno in cui si era fatta la denunzia sopra constatazioni che, come è facile intendere, in simile materia non possono generalmente essere altro che indiziarie» ([216]).

In realtà, era la stessa formulazione dell'art. 247 c.p., priva di determinatezza, a tracciare la strada ad una sua interpretazione in funzione difensiva dell'ordine costituito, attraverso la incriminazione della semplice propaganda delle idee: «Malgrado le dichiarazioni del Ministro Guardasigilli — osserva polemicamente Olivieri sulla *Scuola positiva* — l'art. 247 non perde il carattere insidioso insito nel suo contenuto. Insidioso, perché si presta a diventare strumento di persecuzione politica nelle mani di un partito che, sotto pretesto di tutelare l'ordine e la tranquillità pubblica, vuole esercitare la censura anche sul pensiero, facendo risorgere, sotto altro nome, i reati di opinione» ([217]). Se, infatti, nella Relazione del Ministro si avverte la preoccupazione di non elevare a reato l'espressione di sentimenti avversi ad una classe di cittadini, la giurisprudenza, viceversa, applica l'art. 247 anche a coloro i quali si limitano, in definitiva, a lanciare invettive contro la classe borghese. «Ciò significa —

([216]) NULLI, *Governo e magistratura,* cit., 46-47.

([217]) OLIVIERI, *Osservazione* alla sentenza 6 giugno 1894 della Corte di cassazione, in *Scuola pos.*, 1894, IV, 519. «L'art. 247 — afferma Olivieri — è una delle tante formule sotto le quali si nasconde quella lotta di classe, a cui si può dare il nome solenne e nebuloso di *ragion di Stato — interesse della nazione — esigenze dell'ordine pubblico* — e simili; ma è vera e propria lotta della classe dominante per la conservazione del predominio politico che è mezzo e strumento del monopolio economico. Cotesta classe difende come può le istituzioni e gli organismi che le assicurano la vita e i beneficii che essa gode. È la storia di tutti i tempi e di tutte le civiltà, e si capisce. Soltanto, oggi il *crimen laesae* ha per oggetto passivo un'altra maestà; quella della borghesia, altrettanto sacra e inviolabile quanto la persona del Sovrano» (p. 524).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conclude l'Autore — che l'art. 247 è una di quelle disposizioni alle quali la politica e i partiti dominanti possono dare interpretazioni più contradditorie, prestandosi a servire di eccellente strumento di persecuzioni settarie» ([218]).

La Corte di cassazione, da parte sua, non diede alcuna risposta definitiva al quesito circa l'applicabilità alle associazioni socialiste degli artt. 247 e 251 c.p., operando la stessa scelta interpretativa — nonché, *lato sensu*, politica — che aveva caratterizzato la giurisprudenza relativa alla natura penale delle associazioni anarchiche ([219]). Essa, infatti, qualificò più volte come *apprezzamento di fatto*, incensurabile sul piano della legittimità, il ritenere che una sezione del partito socialista dei lavoratori avesse lo scopo di commettere i reati di cui agli art. 247 e 251 c.p., o, al contrario, quello di tradurre in atto con mezzi legali e consentiti dallo Statuto gli ideali del socialismo ([220]).

Anche la valutazione della sussistenza, nel caso concreto, del pericolo per la pubblica tranquillità fu ritenuta oggetto — questa volta, senz'altro più correttamente — di un apprezzamento di fatto ([221]): d'altra parte, i principi di ordine generale dettati dalla Corte su questa controversa materia, al fine di orientare l'attività ermeneutica dei giudici di merito, furono di tenore profondamente illiberale, come dimostra la giurisprudenza sul carattere sedizioso del canto dell'«Inno dei lavoratori» di Turati, in quanto idoneo, appunto ad eccitare l'odio fra le classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità *ex* art. 247 c.p. ([222]).

Quanto all'estremo della pubblicità, infine, la Cassazione tese in

---

([218]) OLIVIERI, *Osservazione,* cit., 526.

([219]) Vedi *supra*, parte II, par. 4.3.

([220]) Corte di cassazione, 29 aprile 1895, Costa e altri, in *Cass. Unica*, 1895, VI, 776; ID., 8 maggio 1895, Zanollo e De Mori, in *Riv. pen.*, 1895, XLII, 99-100, m. 1674; Id., 5 luglio 1895, Verso-Mendola, Bastoni e altri, ivi, 312, m. 2110.

([221]) «È incensurabile l'apprezzamento del giudice del merito il quale ritiene che un circolo socialista, aderente al programma ed alla tattica del partito socialista dei lavoratori italiani, incitava all'odio di classe in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, desumendo il pericolo dalla estesissima, rigida e compatta organizzazione del partito, dall'audacia e risolutezza sua, e dai mezzi violenti, ai quali, data la opportunità, sarebbe sempre stato pronto a ricorrere» (Corte di cassazione, 19 giugno 1895, Venturi, Mandrioli e altri, in *Giust. pen.*, 1895, I, 858).

([222]) Corte di cassazione, 6 giugno 1894, Serrati-Menotti, Misellone e Gandolfo, in *Giur. pen. Tor.*, 1894, 294.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sostanza ad ampliarne i presupposti di ricorrenza, e quindi ad estendere, in concreto, l'applicabilità dell'art. 251 c.p., secondo le indicazioni provenienti dall'esecutivo: in tal senso con la sentenza 11 febbraio 1899 ([223]) si ritenne escluso il carattere privato di una riunione per il solo fatto che vi avessero preso parte persone non iscritte all'associazione da cui la riunione medesima era stata indetta.

6. *Il problema dell'applicabilità della legislazione eccezionale «antianarchica» ai socialisti.*

6.1. *L'uniformità di vedute tra magistratura ed esecutivo.*

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, i membri più influenti delle disciolte associazioni socialiste furono condannati ai sensi dell'art. 5 legge n. 316/1894, benché l'argomento difensivo più utilizzato fosse proprio quello della inapplicabilità ai socialisti della legislazione eccezionale, concepita in funzione della lotta all'anarchia. Di fatto, la magistratura — divisa ed oscillante su molte altre questioni — si orientò massicciamente in senso favorevole a tale applicabilità: tra le numerose decisioni esaminate, soltanto la sentenza della Corte d'appello di Firenze citata in precedenza, relativa alla Federazione regionale socialista toscana, affermò il principio contrario ([224]), e fu proprio per questo motivo annullata dalla Corte di cassazione, che ravvisò nella ritenuta inapplicabilità un errore di diritto ([225]).

La sostanziale uniformità di vedute tra magistratura ed esecutivo sull'esigenza di strumenti straordinari per combattere l'opposizione di classe organizzata emerge con chiarezza dai discorsi di apertura dell'anno giudiziario 1895 dei Procuratori generali: un vero e proprio coro di approvazione delle leggi del luglio 1894, con la sola eccezione del Procuratore generale di Torino, il quale «saggiamente invoca — si legge sulla *Rivista penale* — all'impero della legge comune, che è (benissimo egli dice) la sola degna di un popolo libero» ([226]).

([223]) Corte di cassazione, 11 febbraio 1899, Mascheroni e altri, in *Riv. pen.*, 1899, XLIX, 514, m. 1134.

([224]) Corte d'appello di Firenze, 19 marzo 1895, Pescetti e altri, cit.

([225]) Corte di cassazione, 2 maggio 1895, Pescetti e altri, in *Giur. it.*, 1895, XLVII, parte II, 165.

([226]) In *Riv. pen.*, 1895, XLII, 541-542.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Del resto, il governo si era immediatamente premurato di far conoscere i criteri secondo i quali le nuove leggi avrebbero dovuto trovare applicazione, con le circolari 24 luglio e 9 agosto 1894 del Ministero dell'interno. Nella seconda, in particolare, è contenuto un evidente riferimento ai socialisti rivoluzionari:

> Non è lecito di stare indifferenti dinanzi a coloro che carezzando le basse passioni delle plebi inconscie, suscitano colpevoli cupidigie; dobbiamo combattere il pervertimento di coloro che *vorrebbero armare una classe contro l'altra* quasi che tutti non fossero destinati a progredire lavorando ([227]).

6.2. *Le tesi sostenute in dottrina e in giurisprudenza: a) il carattere individualistico, e non associativo, della militanza anarchica, e la conseguente oggettiva inapplicabilità ad essa dell'art. 5 legge n. 316/1894, disposizione evidentemente destinata a colpire le associazioni socialiste.*

La giurisprudenza di merito esaminata appartiene in gran parte, dal punto di vista cronologico, alla fase anteriore al primo pronunciamento della Cassazione sul tema dell'applicabilità ai socialisti dell'art. 5 legge n. 316/1894, collocandosi tra gli ultimi mesi del 1894 ed i primi del 1895. Particolare rilievo fu dato sulle riviste giuridiche alla sentenza emessa dal Tribunale di Milano nel processo Turati, nella quale il quesito venne risolto positivamente, con l'applicazione del citato art. 5 alle sezioni milanesi del partito socialista dei lavoratori italiani ([228]).

La difesa degli imputati — adottando una linea processuale che sarebbe diventata in seguito una consuetudine — eccepì in via preli-

---

([227]) Vedi CRISTIANI, *Socialisti e anarchici*, cit., 354. Agli anarchici così si alludeva: «Non possiamo dar tregua a chi istiga al delitto o minaccia gli ordinamenti sociali senza altro ideale che distruggere, senz'altra volontà che di portare la desolazione, senza prendere dalla civiltà che l'arte di uccidere con maggiore scienza e ferocia».

Anche secondo COMPAGNONE, *Gli anarchici e la nuova legge sui provvedimenti di Pubblica Sicurezza*, in *Cass. unica*, 1895, V, 1026, le circolari citate riguardavano sia gli anarchici sia i socialisti rivoluzionari. A giudizio, invece, di OLIVIERI, *Osservazione* alla sentenza 4 febbraio 1895 della Corte d'appello di Milano, in *Scuola pos.*, 1894, IV, 1051, la circolare del 9 agosto faceva riferimento soltanto agli anarchici.

([228]) Tribunale di Milano, 31 dicembre 1894, Turati e altri, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

minare che le leggi eccezionali erano in realtà rivolte ai soli anarchici, come appariva dalle discussioni parlamentari che ne precedettero l'approvazione, e che, di conseguenza, non potevano essere usate contro i socialisti. Il Tribunale, tuttavia, respinse l'eccezione, sostenendo che se gli «eccessi della setta anarchica» avevano certamente determinato l'approvazione delle leggi eccezionali, ciò non escludeva affatto l'estensibilità dell'art. 5 ad *ogni* associazione che avesse lo scopo di sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali ([229]).

Di poco precedenti a questa decisione, risalendo al novembre dello stesso anno, sono alcune sentenze pretorili, di cui una soltanto edita. Esse si segnalano per l'esplicita ammissione della *inapplicabilità agli anarchici* dell'art. 5 legge n. 316/1894, disposizione che invece appare «pensata» proprio per i socialisti. L'affermazione più recisa in tal senso si trova nella sentenza 24 novembre 1894 del Pretore di Cesena ([230]), il quale, in pratica, nega la stessa effettiva esistenza di *associazioni* anarchiche:

> Ma è mai concepibile un'associazione anarchica? È mai concepibile che individui senza fede, né legge possano raffigurarsi stretti fra loro da un vincolo qualunque che li colleghi e li associ in un comune intento, colleghi e associ loro, che ogni rapporto sociale vollero disciolto e rotto, violata e infranta ogni fede, ogni legame cessato, ogni autorità spenta?

E se anche una tale associazione fosse immaginabile — conclude il Pretore — essa, per la criminosità del fine e per il carattere dei mezzi adottati, dovrebbe ascriversi tra le associazioni a delinquere di cui all'art. 248 c.p., e non tra le associazioni sovversive previste e punite dall'art. 5 della legge eccezionale.

Una siffatta posizione, in realtà, non deve considerarsi né isolata né, tantomeno, eccentrica: si è già visto in precedenza, analizzando i

---

([229]) Vedi la *Nota* critica alla sentenza di MORELLI, in *Annali*, 1895, 29, nota 1, secondo il quale a proposito della legge eccezionale 19 luglio 1894 «è argomento esauriente l'osservare che al progetto di detta legge presentato dall'on. Crispi la Commissione parlamentare aggiunse all'art. 3 l'inciso "o eccitamento alla lotta di classe" e che l'inciso stesso fu poi tolto dal testo definitivo sulle concordi dichiarazioni dello stesso Presidente del Consiglio, on. Crispi, del Ministro di Grazia e Giustizia, on. Calenda, e degli altri oratori, appunto perché chiaramente risultasse che non si era inteso, né si poteva intendere di colpire con la legge eccezionale il movimento socialista, ma bensì la sola propaganda di fatto, anarchica, che alla legge aveva dato occasione».

([230]) Pretura di Cesena, 24 novembre 1894, Giorgi, in *Cass. unica*, 1895, VI, 279.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dibattiti parlamentari sulle leggi del 1894, come lo stesso Crispi si fosse lasciato sfuggire alcune frasi circa la connotazione individualista, e non associativa, della militanza anarchica ([231]). Anche in dottrina, inoltre, si trova sovente sottolineata la sostanziale inutilità di una limitazione della libertà associativa rivolta ai soli anarchici, e non ai socialisti, o a causa della inesistenza di fatto di associazioni anarchiche, o, comunque, per la maggiore pericolosità e diffusione delle organizzazioni socialiste. La prima tesi — senz'altro la più drastica — è sostenuta da Nulli, il quale — dopo aver definito l'anarchia come «un sistema di propositi e di fatti criminosi e selvaggi germogliati dalla putrefazione di idee astratte gettate come mali semi nel vasto campo dell'ignoranza e della delinquenza» — sottolinea come l'attributo caratteristico di questa «espressione di patologia sociale» sia quello «dell'azione isolata, individuale, estemporanea non pur nella esecuzione ma forse anche nella deliberazione». Egli osserva, in relazione a ciò, come per nessuno dei delitti e degli attentati anarchici fosse stato possibile accertare che l'autore avesse agito dietro ordine ed istruzione del partito: potrà esistere tuttalpiù, «una organizzazione superficialissima, non ordinata e suddivisa per capi e sodalizi... Ogni violenza distruttrice comunque e dovunque avvenga è utile, non v'è bisogno di collegarsi come fanno i Socialisti nella comune preparazione al loro nuovo avvenire». Stando così le cose, era dunque prevedibile che contro gli anarchici difficilmente si sarebbe applicato l'art. 5 legge n. 316/1894: «Delle riunioni forse gli anarchici avrebbero potuto tenere, ma quanto alle associazioni che *non esistono*, il divieto era, se veramente avesse dovuto riguardare i soli anarchici, assolutamente ozioso» ([232]).

6.3. *b) L'applicabilità dell'art. 5 legge n. 316/1894 ai socialisti desunta da una interpretazione letterale e sistematica della norma.*

Un secondo orientamento, anch'esso rivolto a negare l'applicabilità dell'art. 5 agli anarchici — sostenendone, viceversa, l'utilizzabilità in chiave antisocialista — evita tuttavia di spingersi fino alla

([231]) Vedi *supra*, I, par. 2.5.
([232]) NULLI, *Governo e magistratura*, cit., 4-5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

negazione della stessa sussistenza in concreto di enti associativi anarchici. Emblematica, in questo senso, la posizione di Cristiani, il quale parte dalla considerazione che la sola legge sugli esplodenti (n. 314 del 19 luglio 1894) si adatta unicamente agli anarchici, mentre le altre due (n. 315 e n. 316, stessa data) «ogni altra manifestazione sovversiva degli attuali ordinamenti sociali provedono e puniscono, e così anche la propaganda socialista rivoluzionaria» ([233]). Per il legislatore, la lotta all'anarchia non fu altro che un pretesto: «Una legge prettamente antisocialista non sarebbe stata certamente approvata in Italia; l'agitazione anarchica fornì l'occasione e l'art. 5 colla sua dizione generica "di associazioni e riunioni che abbiano per oggetto di sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali" ha incluso fra le maglie della rete quei pesci che anche in pubblico Parlamento si disse che non erano destinati a essere pescati» ([234]).

Pertanto, dalla stessa *indeterminatezza* della disposizione è desumibile la sua portata generale. Di più: vi sono ragioni precise, a giudizio dell'Autore, per ritenere che essa in realtà sia diretta *esclusivamente* contro i socialisti.

Vi è un argomento di carattere letterale, certamente non risolutivo, ma di indubbio significato: «può osservarsi che la parola "sovvertire" adoperata dall'art. 5 della legge 19 luglio 1894, come quella che significa alterare dalle basi, scalzare, meglio si adatta ai socialisti che non agli anarchici, a proposito dei quali parola più adatta sarebbe stata "distruggere"».

Vi è poi un argomento di ordine sistematico, questo sì decisivo: l'art. 21 del regolamento di esecuzione della legge n. 316 stabiliva che i membri delle associazioni disciolte potevano essere denunciati all'autorità giudiziaria per rispondere ai sensi dell'art. 5, *salve le disposizioni del codice penale quando il fatto costituisse delitto più grave*. Ciò significa che l'art. 5 trovava applicazione per tutte le associazioni tendenti a sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali, eccezione fatta per quelle associazioni che *per il solo fatto di essere tali* cadessero sotto una più grave sanzione: «e associazioni le quali perciò solo che sono associazioni costituiscono un delitto più grave sono appunto le anarchiche». In altri termini, nell'art. 21 del regolamento «si contempla la semplice esistenza di una associazione aven-

([233]) CRISTIANI, *Socialisti e anarchici,* cit., 353.
([234]) CRISTIANI, *op. cit.*, 354.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

te scopi tali che (essa disciolta) i membri perciò solo che ne fecero parte debbono esser passibili del disposto dell'art. 5, eccetto che l'associazione fosse di natura tale che lo averne fatto parte costituisse un fatto più grave, un delitto cioè passibile dell'applicazione del codice penale; *ed associazioni tali che il solo averne fatto parte costituisca delitto essendo, giova ripeterlo, le sole anarchiche, ne consegue che, per esplicito disposto del regolamento, sotto l'art. 5 esse non possono giammai venire a cadere*» ([235]).

A questa impostazione si collegano due pronunce del Pretore del mandamento di Reggio Emilia ed una del Pretore del 1° mandamento di Mantova, tutte inedite. Nella sentenza 6 novembre 1894, in causa Prampolini ([236]), si sottolinea come, data la maggiore pericolosità delle associazioni socialiste nei confronti di quelle anarchiche — dovuta alla esiguità numerica e ai metodi di azione «spontaneistici» di queste ultime — una loro eventuale esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 5 avrebbe reso tale disposizione praticamente inutilizzabile:

> ... ove si volesse interpretare diversamente la disposizione e la legge poscia approvata, *questa si ridurrebbe quasi a lettera morta* ... Qualunque ad ogni modo sia stata la discussione tenuta dalle due Camere, qualunque siano state le speranze nate negli animi di alcuni per la parola degli oratori e del Governo, *che evidentemente per la delicata materia, doveva essere molto prudente ed avveduto*, ritiene sommessamente il Pretore che non sia necessario ricorrere alla interpretazione autentica quando la legge sia chiara, come nel caso concreto.

Da notare il passaggio relativo alla necessaria «prudenza» ed «avvedutezza» del governo nel non lasciar intendere i suoi reali intenti persecutori nei confronti dei socialisti: un concetto assai simile a quanto sostenuto in dottrina in merito al carattere protestuoso della legislazione «antianarchica».

Gli stessi argomenti contenuti nella sentenza citata vengono ri-

---

([235]) CRISTIANI, *op. cit.*, 355 (corsivo non testuale). Sul punto vedi l'osservazione di FROLA, *L'art. 5 della legge 19 luglio 1894*, cit., 411, il quale mette in dubbio la legittimità della previsione dell'art. 21 reg., «siccome quella che aggiungeva alla legge e non poteva affidarsi alle cure d'un semplice regolamento».

([236]) Pretore del mandamento di Reggio Emilia, 6 novembre 1894, Prampolini e altri, in A.C.S. — Ministero di Grazia e Giustizia — Direzione generale AA.PP. — Miscellanea — b. 100, f. 1, vol. 2°, 1895 «Partito socialista dei lavoratori italiani».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

baditi dal medesimo Pretore in una pronuncia di pochi giorni successiva (237), e dal Pretore di Mantova in una decisione del 24 novembre (238), riguardante la Federazione e il circolo socialista di quella città, che vedeva tra gli imputati Ivanoe Bonomi ed Enrico Ferri. Anche in questo caso, nella motivazione si riconosce *apertis verbis* che le leggi eccezionali, di fatto, furono emanate *in primo luogo* contro i socialisti:

... se ciò non fosse, quelle leggi, per il numero limitatissimo, per l'indole segreta delle associazioni anarchiche, i cui componenti agiscono quasi sempre in modo improvviso ed isolato, *rimarrebbero quasi totalmente inefficaci*.

Infine, due decisioni del 1895 — entrambe di assoluzione per insufficienza di prove — della Corte d'appello di Milano (239) e del Tribunale di Roma (240), si richiamano al carattere di *generalità* dell'art. 5 legge n. 316/1894 per affermarne l'applicabilità ai socialisti. In particolare, secondo i giudici milanesi:

Questa disposizione, siccome diretta a tutelare l'attuale ordine sociale, è d'*indole generale*. Essa mira a colpire tutte quelle associazioni, *qualunque sia la loro denominazione*, che avessero per oggetto di sovvertire per vie di fatto l'ordine sociale... (241).

(237) Pretore del mandamento di Reggio Emilia, 18 novembre 1894, Tassoni ed altri, *ivi*.

(238) Pretore del mandamento 1° di Mantova, 24 novembre 1894, Bonomi Ivanoe, Ferri Enrico e altri, in A.C.S. — Ministero di Grazia e Giustizia — Direzione generale AA.PP. — Miscellanea — b. 102, f. 32, 1898 «Processi contro senatori e deputati».

(239) Corte d'appello di Milano, 4 febbraio 1895, Beretta e altri, in *Giur. it.*, 1895, II, 31.

(240) Tribunale civile e penale di Roma, 11 febbraio 1895, Lollini, Marabini e altri, cit.

(241) Nello stesso senso, il Tribunale di Roma affermava, dopo un lungo esame dei lavori preparatorii:

«Dunque, pur ammettendo che la legge del 19 luglio fosse occasionata dagli ultimi ed orrendi attentati, che essa mirasse di preferenza a colpire gli anarchici, non si può contestare che riguardasse anche tutti coloro che associandosi predicavano, volevano o stabilivano fra loro l'uso della violenza ed eccitavano le masse alla rivolta, tanto se gli autori di questi fatti fossero anarchici come socialisti».

In riferimento alla sentenza 4 febbraio 1895 della Corte d'appello di Milano vedi le osservazioni critiche di Olivieri, in *Scuola pos.*, 1894, IV, 1050, secondo il quale «Dire che la legge 14 luglio 1894 colpisce anche i socialisti, non significa applicarla rettamente, ma equivale a cadere, poniamo ingenuamente, nell'insidia tesa da un ministro molto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6.4. *L'orientamento della Corte di cassazione favorevole all'applicabilità.*

Come si è detto, tra le pronunce di merito esaminate soltanto la sentenza 19 marzo 1895 della Corte d'appello di Firenze (242) ritenne che con la legge n. 316/1894 «si volle colpire il partito anarchico, ben diverso e distinto dal partito socialista», e ciò sulla base del carattere temporaneo della legge, delle discussioni parlamentari, delle dichiarazioni dei membri del governo e delle relazioni che accompagnavano la presentazione del progetto di legge.

Ma la Cassazione (243) riconobbe nella ritenuta inapplicabilità ai socialisti della suddetta legge un errore di diritto, facilmente desumibile «dalla dizione della legge speciale, che è *generica ed amplissima*, comprensiva di ogni persona senza indicazione di partito cui essa appartenga». La sentenza della Corte fiorentina fu pertanto annullata (244). La Cassazione, d'altra parte, non faceva che confermare la propria consolidata giurisprudenza in materia (245), anche in seguito costantemente ribadita (246). Così, ad esempio, la *ratio* della legislazione eccezionale era stata definita con chiarezza in una decisione del 5

---

accorto alla buona fede di un'assemblea, insidia che gli spiriti più illuminati condannano anche in politica, dove pur è canone che l'opportunismo assolva tanti peccati e deterga tante macchie».

(242) Corte d'appello di Firenze, 19 marzo 1895, Pescetti e altrti, cit.

(243) Corte di cassazione, 2 maggio 1895, Pescetti e altri, in *Giur. it.*, 1895, XLVII, parte XX, 165 ss.

(244) La causa fu rinviata, per il giudizio in sede di rinvio, alla Corte d'appello di Lucca, la quale, con sentenza 26 settembre 1895, in *Giur. it.*, 1895, XLVII, parte II, 349, pronunciò di nuovo un'assoluzione per insufficienza di prove.

(245) Corte di cassazione, 31 gennaio 1895, Ferrari, in *Riv. pen.*, 1895, XLI, 387, m. 863; ID., 5 marzo 1895, Medri, in *Giur. pen.*, 1895, 253; ID., 7 marzo 1895, Chenal e altri, in *Foro it.*, 1895, II, 225; ID., 16 marzo 1895, Filippetti, in *Giur. it.*, 1895, II, 165, in nota; ID., 16 marzo 1895, Mosconi e Dagnino, in *Riv. pen.*, 1895, XLI, 486, m. 1218; ID., 5 aprile 1895, Ge, in *Riv. pen.*, 1895, XLI, 593, m. 1466; ID., 15 aprile 1895, Ferretti, in *Legge*, 1895, I, 737; ID., 30 aprile 1895, Mazzoni, Recanatini, in *Corte Supr. Roma*, 1895, 641.

(246) Corte di cassazione, 3 maggio 1895, Callegari e altri, e 6 maggio 1895, Cagnone e Nicchio, in *Riv. pen.*, 1895, XLII, 99-100, m. 1676; ID., 5 giugno 1895, P.M. c. Levi, Ringler, Zilotti e altri, in *Giust. pen.*, 1895, 863; ID., 19 giugno 1895, Mandrioli e altri, in *Riv. pen.*, 1895, XLII, 312, m. 1935; ID., 21 settembre 1895, Bertini, Leonardi, in *Corte Supr. Roma*, 1895, 628; ID., 12 ottobre, 1895, Pasotti, in *Cass. unica*, 1895, VII, 108; ID., 12 ottobre 1895, Galigani e altri, in *Riv. pen.*, 1895, XLII, 548, m. 2509.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

marzo 1895 ([247]), a tenore della quale le leggi speciali sugli esplodenti e sulle misure straordinarie di pubblica sicurezza ebbero lo scopo di

armare la società minacciata di sanzioni più severe di quelle del diritto comune, per opporre una diga alla marea montante dell'anarchismo distruttivo di ogni cosa, e *del socialismo sovversivo per vie di fatto delle istituzioni fondamentali dello Stato* ([248]).

Sull'ampiezza della locuzione dell'art. 5, poi, si era già soffermata a lungo la sentenza 16 marzo 1895 ([249]), secondo cui soltanto un astratto nominalismo avrebbe consentito di ritenere non comprese nella dizione dell'art. 5 le associazioni socialiste:

Esentare dalla pena stabilita dall'art. 5 un'associazione, sol perché si denomina socialista, repubblicana o con altro aggettivo, è lo stesso che far dipendere la sussistenza giuridica di un reato dai nomi, senza dire che ciò sarebbe una via facile e comoda per eludere la legge.

Il principio della generale applicabilità dell'art. 5, dunque, fu sempre affermato senza incertezze dalla Corte Suprema, e non fu contraddetto dagli orientamenti della magistratura di merito. Come si vedrà più oltre, contrasti profondi e significativi sorsero invece in riferimento ai presupposti concreti di tale applicabilità: in particolare, sul problema dell'adesione delle società e dei circoli al Congresso socialista di Reggio Emilia del 1893 ed al programma del partito.

6.5. *Il reato di cui all'art. 5 legge n. 316/1894 come delitto comune: conseguenze sul piano della competenza giurisdizionale e delle amnistie. La nozione di «vie di fatto» nella giurisprudenza di legittimità.*

L'art. 5 legge n. 316/1894, come si è detto più volte, vieta le asso-

([247]) Corte di cassazione, 5 marzo 1895, Medri, cit.

([248]) In senso analogo, vedi Corte di cassazione, 7 marzo 1895, Chenal e altri, cit., secondo cui le leggi eccezionali sono intese «all'energica ripristinazione dell'ordine sociale», e Corte di cassazione, 16 marzo 1895, Filippetti, cit., che individua il loro scopo nell'esigenza di «premunire la società civile da selvaggi attentati che la contristavano negli ultimi tempi, e che riconoscono la loro prima origine in certe associazioni, che perciò furono vietate».

([249]) Corte di cassazione, 16 marzo 1895, Filippetti, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciazioni (e riunioni) tendenti a sovvertire per *vie di fatto* gli *ordinamenti sociali*. L'espressione «ordinamenti sociali» deve essere attentamente valutata sotto due profili: in primo luogo, il riferimento alla sfera del «sociale» allude ancora una volta all'esigenza di una difesa prioritaria della struttura economica della società, considerandosi l'istituto della *proprietà privata*, ed il relativo sistema di produzione e distribuzione della ricchezza, come un cardine intangibile dell'organizzazione sociale. In secondo luogo, la terminologia usata, evocando la nozione di «delitto sociale» (250), consentiva di escludere la natura politica dell'incriminazione, con importanti conseguenze — tra l'altro — sul piano della competenza. La Cassazione stabilì (251), infatti, che l'art. 5 legge n. 316 prevedeva un delitto contro l'ordine pubblico, e non contro la sicurezza dello Stato, per cui il medesimo doveva ritenersi di competenza del Pretore e non della Corte d'assise:

> ... il reato in esame... né per sua indole, né per scopo, né per modalità di esplicazione ha carattere di maleficio contro la sicurezza dello Stato. *È non altro che un reato contro l'ordine pubblico*, come quello che è inteso al sovvertimento degli ordini sociali, e nella famiglia, e nelle persone, e nella proprietà, e nella fede pubblica, e nella pubblica incolumità, e simili. Ond'è che l'*associazione che un tal scopo si proponga non ha natura politica*, ma quella tutta comune di raggiungere l'esecuzione di delinquenze che l'ordine pubblico turbano, e ne costituiscono il permanente pericolo.

Il medesimo concetto fu ribadito in due sentenze di poco successive, con le quali venne negata l'applicabilità al reato in discorso dell'amministia del 14 marzo 1895, limitata ai soli delitti politici (252).

---

(250) Vedi *supra*, parte II, par. 1.1.

(251) Corte di cassazione, 7 marzo 1895, Chenal e altri, cit. Nello stesso senso, Corte di cassazione, 30 aprile 1895, Mazzoni, Recanatini, cit.; ID., stessa data, Breccia e altri, in *Riv. pen.*, 1895, XLII, 100, m. 1681. *Contra* IMPALLOMENI, *Magistrato competente*, cit. 401-402, il quale, contestando la distinzione concettuale tra *ordinamento sociale* e *ordinamento politico*, riteneva che la disposizione in esame dovesse annoverarsi tra i delitti contro la sicurezza dello Stato, per i quali era competente la Corte d'assise.

(252) Corte di cassazione, 10 luglio 1895, Mazzocchi e altri, in *Annali*, 1895, 164. Vedi anche Corte di cassazione, 21 settembre 1895, Bertini, Leonardi, cit. La natura di *delitto* — e non di contravvenzione, come avevano ritenuto alcuni giudici di merito — fu ribadita più volte dalla Corte Suprema: Corte di cassazione, 16 aprile 1895, Ferretti, cit.;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Di estremo rilievo, ai fini della presente indagine, la definizione giurisprudenziale della nozione di *vie di fatto*, cui si legano le considerazioni relative al carattere *preventivo* dell'incriminazione. Secondo la Corte Suprema, infatti, l'art. 5 della legge n. 316 non richiedeva che il sovvertimento degli ordini sociali fosse uno scopo attuale, o comunque di prossimo raggiungimento ([253]); non era necessaria, in altri termini, la sussistenza di una concreta e definita prospettiva insurrezionale, intesa come «ora X». Nella sentenza 16 aprile 1895, prima citata ([254]), la Corte esclude recisamente che la legge operi una distinzione tra il proposito dell'uso immediato delle vie di fatto ed il proposito di rimandare l'uso predetto a lunga scadenza, in modo che di reato si possa parlare solo nel primo caso. Ed in una decisione di poco precedente si legge:

> Le vie di fatto non devono concretizzarsi in un delitto speciale, poiché in tal caso il delitto speciale concorrerà col reato previsto dall'art. 5 della legge succitata. *Né le vie di fatto devono consistere in un'azione presente o prossima dei soci* ([255]).

Per giungere ad una sentenza di condanna non era dunque necessario che fosse stato compiuto alcun *atto materiale* e nemmeno che questo fosse stato semplicemente progettato: ciò che veniva in rilievo era soltanto l'ideologia politica professata, nonché la sua traduzione in un programma generale di trasformazione della società, da attuarsi anche a lunghissima scadenza, ed a prescindere da qualsiasi azione rivoluzionaria. Si puniva, cioè lo scopo — perseguito dalle associazioni socialiste — di «togliere il potere dalle mani della borghesia, per procedere all'attuazione dei loro ideali», come ebbe modo di ammettere candidamente la stessa Corte ([256]).

Con specifico riguardo, poi, al problema dei limiti alla libertà di associazione politica, la ricordata sentenza 16 marzo 1895 ([257]) sotto-

---

Id., 5 marzo 1895, Medri, cit.; Id., IIa Sez. penale, stessa data, Balducci, in *Corte Supr. Roma*, 1895, 343; Id., 25 marzo 1895, Turba, *ivi*, 344.

([253]) Corte di cassazione, 16 marzo 1895, Ferrero, cit.

([254]) Corte di cassazione, 16 aprile 1895, Ferretti, cit.

([255]) Corte di cassazione, 16 marzo 1895, Filippetti, cit. Nello stesso senso, Corte di cassazione, 16 marzo 1895, Ferretti, cit.; Idem, 7 maggio 1895, Mombello, in *Riv. pen.*, 1895, XLII, 99-100, m. 1679.

([256]) Corte di cassazione, 5 giugno 1895, P.M. c. Levi, Ringler, Zillotti e altri, cit.

([257]) Corte di cassazione, 16 marzo 1895, Filippetti, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lineava come obiettivo primario dalla legge eccezionale fosse la *prevenzione* delle vie di fatto, «sopprimendone la causa e l'origine primigenia nell'*associazione* di tal genere».

Tra i commentatori, profondamente critico nei riguardi di questa affermazione è Lecci, il quale osserva: «E così si viene a punire un qualche cosa di *fatto*, che, viceversa, non è ancora *fatto* perché non è che la *causa* e l'origine *primigenia* della via di fatto: il ragionamento — è la sarcastica conclusione dell'Autore — non potrebb'essere davvero più preciso e più consono ai fondamentali principi che fin qui governarono la definizione di una *azione materiale* delittuosa» (258).

All'interno della stessa giurisprudenza della Corte, tuttavia, è possibile enucleare un diverso orientamento — anche se minoritario — secondo cui la legge eccezionale del luglio 1894

> non ha pensato di punire le associazioni e le riunioni sovversive pel solo fine conosciuto di sovvertire gli ordinamenti sociali; occorrono le vie di fatto per raggiungere il fine, o per lo meno un *tentativo* qualunque di sovvertimento (259).

Nella nota redazionale della rivista giuridica si mette in rilievo la «singolare importanza» di questa pronuncia, nella quale si individua «un mutamento radicale nell'indirizzo della giurisprudenza della Corte Suprema sull'argomento, riconoscendo per l'affermazione del reato la necessità della estrinsecazione delle teorie mediante le vie di fatto».

In realtà, non si trattò di un mutamento di indirizzo: la giurisprudenza di legittimità, infatti, restò nella generalità dei casi ancorata ad una nozione di «vie di fatto» funzionale alla natura marcatamente preventiva dell'incriminazione. La segnalata difformità interpretativa — rinvenibile soltanto in due decisioni — si può piut-

---

(258) Lecci, *Commento*, cit., 158. Secondo questo Autore, per *vie di fatto* deve intendersi un «atto materiale e positivo col quale, uscendo dalla sfera dell'affermazione teorica di certi principii e della propaganda loro, sia pure quanto si vuole attiva e vivace, si estrinsechi l'intenzione e il proposito» (c. 152). Estremamente critico in riferimento alla giurisprudenza della Corte di cassazione su questo punto è anche Ferri, *Il domicilio coatto*, in *Scuola pos.*, 1896, VI, 284.

(259) Corte di cassazione, 29 aprile 1895, Boccolari, in *Annali*, 1895, 178. In senso analogo, Corte di cassazione, 19 luglio 1895, Sani, in *Giur. it.*, 1895, II, 281.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tosto considerare come il sintomo della sopravvivenza, nonostante tutto, di una concezione più liberale del diritto e della repressione penale, anche se temporaneamente confinata ad un ruolo di marginalità.

7. *Il problema dell'adesione al partito socialista e della partecipazione al Congresso di Reggio Emilia del 1893 come presupposti per l'incriminabilità di una associazione.*

7.1. *Il confine della punibilità del fatto associativo politico.*

L'orientamento giurisprudenziale da ultimo descritto, volto a sottolineare il carattere «non immediato» delle *vie di fatto* — le quali non dovevano consistere in «un'azione presente o prossima dei soci», bastando, per concretare il reato previsto dall'art. 5 legge n. 316/1894, la mera eventualità di una loro futura realizzazione — è in realtà del tutto coerente rispetto alla struttura della fattispecie associativa, diretta a colpire i componenti di un'associazione sulla base delle *finalità* che questa si propone, indipendentemente dal loro effettivo conseguimento.

Questa anticipazione del pericolo, questo riferimento ad un concetto di «violenza» ascrivibile ad un futuro non immediato ed eventuale, porta tuttavia con sé un vizio di fondo nella valutazione dello *scopo*, del *fine* dell'associazione, con gravissimo pregiudizio del diritto alla libera manifestazione del pensiero. Secondo la dottrina liberale, com'è noto, il confine della punibilità in ambito politico è segnato dal passaggio dalla teoria alla prassi, dall'astratta ed ipotetica prefigurazione di un determinato modello di società e di Stato (non sottoponibile, di per sé, ad alcun giudizio di illiceità) al compimento di *atti materiali*, di *azioni concrete* finalizzate alla realizzazione di tale modello. In materia di associazioni, si rende pertanto necessario, al fine di evitare una inammissibile persecuzione del pensiero, scorporare la *finalità politica* di ordine complessivo perseguita — priva di qualsiasi rilevanza penale — dai *metodi criminosi* adottati: bisogna, in altri termini, operare una distinzione precisa tra *scopo* politico e *programma* immediato di commissione di reati, in presenza del quale ultimo soltanto si giustifica un intervento repressivo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ciò, del resto, era stato individuato con chiarezza da alcuni Autori: Marchetti, ad esempio, in uno scritto dedicato alla incriminabilità delle associazioni socialiste, metteva in luce l'esigenza di tener conto dello *scopo prossimo e diretto* dell'associazione, e non del suo *scopo remoto*: «quando la legge colpisce le associazioni dirette a fini criminosi, li colpisce in quanto questi fini siano, non già remoti, ma prossimi, tanto da potersi dire che stanno quasi per entrare nel campo pratico dell'attuazione». Così, «se i propositi di eccitamento e di violenze non sono in modo esplicito inchiusi nel programma come scopo prossimo e diretto dell'associazione, una condanna si risolverebbe in ingiustizia, perché, o colpirebbe per quanto i soci non hanno voluto, o perseguiterebbe la libertà di pensiero, colpendo per quanto i soci possono aver nell'intimo dell'animo loro vagheggiato, senza però tradurlo in determinato proposito nel dar alla loro associazione» ([260]).

Ora, una siffatta operazione restò estranea alla giurisprudenza di fine secolo sui socialisti; in essa, l'accento fu posto unicamente sul *programma politico* del partito socialista, il cui carattere intrinsecamente «violento» fu dedotto in maniera aprioristica dalla sua presunta inattuabilità in via pacifica ([261]).

Dal punto di vista della tecnica interpretativa, le pronunce esaminate seguono un percorso omogeneo: in primo luogo, si procede all'analisi delle *finalità politiche* del partito socialista, desunte dal programma e dallo statuto del medesimo, nonché dal verbale stenografico del Congresso di Reggio Emilia, stampati a Milano nella Tipografia degli Operai ([262]). Nell'ipotesi in cui si pervenga a ritenere la natura criminosa del programma socialista, così ricostruito, si po-

([260]) MARCHETTI, *Intorno all'incriminabilità*, cit., 298-299.

([261]) PETTA, *Le associazioni anticostituzionali*, cit., 685, nota 1, sottolinea che «il concetto di "violenza", ove sia prospettato in un futuro non immediato, sembra avere una singolare tendenza ad allargarsi: in Francia, si ritenne in passato che fosse violenza uno sciopero generale politico. In America, si dedusse il proposito di usare la violenza dall'adozione di un programma — la soppressione dell'iniziativa economica privata — che non si riteneva realizzabile in via pacifica».

([262]) PARTITO SOCIALISTA DEI LAVORATORI ITALIANI, *Il Congresso di Reggio Emilia. Verbale stenografico. Aggiuntivi i telegrammi pervenuti al Congresso e l'elenco delle Società aderenti col nome dei propri delegati*, Milano, Tipografia degli Operai (Società Cooperativa), 1893. R. CANOSA-A. SANTOSUOSSO, *Magistrati, anarchici e socialisti*, cit., 66, nota 7, osservano che «evidentemente a tutti gli uffici di pubblica sicurezza erano stati inviati gli stenogrammi del Congresso di Reggio Emilia».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne la questione del rilievo giuridico da attribuire al fatto dell'adesione al partito e della partecipazione al Congresso del 1893 delle associazioni e dei circoli in seguito disciolti dall'autorità di P.S., ai fini della perseguibilità penale dei loro membri più influenti. Una problematica, questa, in stretto rapporto con il tema della struttura organizzativa del partito, e al tempo stesso, come si vedrà, particolarmente scabrosa, per il rischio — effettivo e sempre presente — di una sostanziale dissoluzione dell'elemento personalistico della responsabilità penale.

Proprio per questo, numerose sono le decisioni assolutorie (in genere, per insufficienza di prove), mentre le stesse sentenze di condanna non si fondano mai sulla sola adesione al partito — avvertita come insufficiente — ma cercano conferma in elementi probatori ulteriori — tutti, peraltro, di carattere meramente documentale (opuscoli, articoli di giornali, corrispondenza epistolare) o comunque attinenti alla sfera della manifestazione del pensiero (conferenze, pubbliche manifestazioni, discorsi), assumendo in molti casi valore risolutivo i rapporti e le deposizioni degli ufficiali ed agenti di p.s. e dei carabinieri.

La Corte Suprema, da parte sua, anche in questo caso si astenne dal fornire una soluzione univoca e definitiva al problema della adesione al programma del partito dei lavoratori italiani, rinviando ancora una volta all'*apprezzamento di fatto* dei giudici inferiori.

7.2. *L'interpretazione giurisprudenziale dei concetti di «rivoluzione» e di «lotta di classe».*

Un'analisi accurata dei documenti politici del partito socialista è contenuta in alcune sentenze, pretorili e di Tribunale, risalenti al 1894, con le quali si cercò di interpretare i discorsi degli oratori intervenuti al Congresso, soffermandosi in particolar modo su termini come «rivoluzione» e «lotta di classe».

In tutti questi processi — è bene ricordarlo nuovamente — i «corpi del reato», come si legge nella sentenza del Tribunale di Milano in causa Turati ([263]), erano costituiti dal programma e dallo sta-

([263]) Tribunale di Milano, 31 dicembre 1894, Turati e altri, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuto del partito, nonché dal verbale stenografico del Congresso di Reggio Emilia.

Secondo il Pretore di Reggio Emilia (264), lo *scopo* del partito socialista era quello di

abolire la proprietà privata ed ogni organismo giuridico sociale garantito e stabilito dalla legislazione del Regno per sostituirvi la socializzazione delle terre, delle miniere, delle fabbriche, dei mezzi di trasporto e di ogni altro elemento e strumento di lavoro...

E per raggiungere tale scopo, esso non escludeva, offrendosene l'occasione, l'uso di mezzi violenti: dall'esame dello statuto e del programma del partito era, infatti, possibile desumere che esso intendeva raggiungere il suo fine

non già colla propaganda pacifica, coi mezzi leciti, e come il prodotto del progresso evolutivo, ma coi mezzi violenti, colla rivoluzione cioè cui ammaestra i suoi partecipanti, organizzandoli prontamente con sezioni e federazioni, alla cui direzione sta un Comitato centrale.

Dal contenuto dell'ordine del giorno Croce sulla tattica parlamentare — a tenore del quale i deputati del partito, delegati di quest'ultimo, e non della nazione, e sottoposti al controllo dei Congressi regionali, erano tenuti ad «ispirarsi al Programma e all'azione del Partito socialista, *che è per essenza e per fatto rivoluzionario* (265) — nonché dagli interventi congressuali di Costa, Bosco, Agnini e Zirardini, il giudice traeva poi la convinzione che la rivoluzione di cui si parlava consistesse nello «sconvolgimento degli ordini sociali» attraverso la violenza.

L'ineluttabilità, infine, del ricorso alle vie di fatto in presenza di determinate circostanze, era desunta dalla stessa adesione teorica al principio dialettico della *lotta di classe*:

A che il partito incessantemente tende (dichiarandosi sfiduciato per un miglioramento del proletariato mediante l'opera legislativa e del Governo e conservando permanentemente uno stato di ostilità inconci-

(264) Pretore del mandamento di Reggio Emilia, 6 novembre 1894, Prampolini e altri, cit.

(265) Il testo dell'ordine del giorno Croce sulla tattica parlamentare, discusso e approvato all'unaminità il 9 settembre 1893, è pubblicato in PARTITO SOCIALISTA DEI LAVORATORI ITALIANI, *Il Congresso di Reggio Emilia*, cit., 29.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liabile tra chi possiede e i nullatenenti, stato che viene significato colla lotta di classe, degli sfruttati, cioè, contro gli sfruttatori), fin che giunge l'occasione favorevole qualunque essa sia...

Da notare, nella motivazione della sentenza, l'accusa rivolta ai socialisti di «conservare» uno *stato di ostilità inconciliabile* tra borghesi e proletari: quasi che la persistenza del conflitto sociale non costituisse un dato storico oggettivo, ma fosse attribuibile alla perversa volontà di alcuni fanatici agitatori. Significativo, a questo proposito, il rilievo di Olivieri, sulla *Scuola positiva*, il quale segnala l'assurdità delle condanne inflitte ai socialisti per incitamento all'odio fra le classi sociali «anche là dove *poderosi volumi di Ufficiali inchieste* dimostrano che l'odio del proletariato contro gli abbienti era già vivo, diffuso e manifesto, prima, assai prima che lo *inventassero* i socialisti» ([266]).

Secondo il Pretore di Reggio Emilia, dunque, la violenza doveva ritenersi come un portato intrinseco ed ineliminabile dell'ideologia socialista, incluso nel concetto stesso di «lotta di classe». Ancora più esplicito, su questo punto, il Pretore di Cesena ([267]):

... la raccomandata socializzazione dei mezzi di produzione... ha già incluso come necessaria condizione in sé stessa l'esercizio della violenza, perché è legge di natura che chi ha e crede di avere legittimamente, non vi rinunzi senza adeguato compenso quando non sia costretto a farlo... Ond'è ineluttabile in simil supposto l'uso della violenza.

La «rivoluzione» propugnata dai socialisti, pertanto, non poteva che essere violenta:

... *un violento e terribile sommovimento* che rompe e infrange ogni ostacolo, senza fine preciso, accada quel che vuole nella fiducia sia pur remota di un trionfo finale lungamente sperato.

In senso analogo, il Pretore del mandamento di Borgo S. Donnino ([268]), dopo aver identificato il programma del partito socialista con

([266]) OLIVIERI, *Osservazione* alla sentenza 8 novembre 1894, Norlenghi, della Corte d'appello di Torino, in *Scuola pos.*, 1894; IV, 971.

([267]) Pretura di Cesena, 24 novembre 1894, Giorgi, cit.

([268]) Pretore del mandamento di Borgo S. Donnino, 23 novembre 1894, Galeotti e altri, in A.C.S. — Ministero di Grazia e Giustizia — Direzione generale AA.PP. — Miscellanea — b. 100, f.l., vol. 2° «Partito socialista dei lavoratori italiani».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il «sovvertimento dell'ordine sociale così come oggi è costituito», ne segnalava la natura essenzialmente violenta, celata soltanto in apparenza dalla proclamata adozione di strumenti legali di lotta, come la partecipazione alle competizioni elettorali, politiche ed amministrative. Anche il Tribunale di Milano ([269]), nella sentenza relativa alle sezioni milanesi del partito socialista, insisteva sul carattere apertamente rivoluzionario di quest'ultimo, desunto ancora una volta dall'ordine del giorno Croce sulla tattica parlamentare: venivano così respinte le argomentazioni della difesa, secondo cui l'aggettivo «rivoluzionario» doveva essere inteso nel suo significato scientifico, come sinonimo di «evoluzione», in quanto tale interpretazione, a parere dei giudici, contrastava con le dichiarazioni — riportate in motivazione — di alcuni congressisti (si trattava, in particolare, degli interventi di Costa, Monticelli, Bosco e Zirardini).

Ma vi è un aspetto ulteriore che merita di essere segnalato. In alcune decisioni, non si contesta che le nozioni di «lotta di classe» e di «rivoluzione» possano vantare una loro dignità teorica sul piano filosofico-politico: ciò che si teme — e lo si afferma apertamente — è la *volgarizzazzione* di tali concetti da parte di masse incolte, impreparate a comprenderne il significato scientifico, e inevitabilmente portate — di conseguenza — a cogliere nelle medesime soltanto un incitamento alla rivolta, all'azione di forza. Così, nella citata sentenza del Pretore del mandamento di Borgo S. Donnino si legge:

> Né si dica che rivoluzione e lotta in senso socialista abbiano significato pacifico; *è verità che lo hanno, ma in realtà si deve riconoscere che lo hanno solo per i teorici e per quelli dotati di un certo grado di studio e di intelligenza*; la moltitudine alla quale si parla ha il concetto che queste parole significhino violenza, rivolta.

E il Tribunale di Reggio Emilia ([270]) sottolineava come

> ... costituire associazioni, che si intitolino da quelle dottrine... in piccoli centri di campagna dove alle stesse associazioni non possono prendere parte che persone più o meno ignare ed incompetenti a valu-

([269]) Tribunale di Milano, 31 dicembre 1894, Turati e altri, cit.

([270]) Tribunale civile e penale di Reggio Emilia, 16 ottobre 1894, Storchi e altri, in A.C.S. — Ministero di Grazia e Giustizia — Direzione generale AA.PP. — Miscellanea - b. 100, f.l., vol. 2° «Partito socialista dei lavoratori italiani».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tare le dottrine stesse e a rilevare la portata sia già far luogo a pericolosi incitamenti e illusioni sempre fatali.

Ancora, la Corte d'appello di Modena ([271]) avvertiva come nelle espressioni verbali di lotta, ricorrenti nel dibattito congressuale

continuamente ripetute a masse poco colte e che per il loro grado d'istruzione non ne possono comprendere che la parte più superficiale, non può non trovarsi un eccitamento all'odio contro la classe degli abbienti; non essendo nella natura umana, che uno possa non sentire avversione ed odio per una persona o classe di persone, che gli viene di frequente dipinta come la naturale e necessaria sua inimica, e come l'unica causa dei mali che lo travagliano.

La «libertà dei baccellieri», dunque, contrapposta a quella degli analfabeti ([272]): una dimensione concettuale senza dubbio classista, che offre lo spunto per una riflessione sul significato e sulle conseguenze del ruolo di difesa delle libertà borghesi assunto dai socialisti nelle fasi più critiche della reazione di fine secolo. Consapevoli delle gravissime conseguenze che avrebbe comportato per il movimento operaio la negazione dei diritti di riunione, di organizzazione politica e sindacale, di libera manifestazione del pensiero, i socialisti compresero la necessità di rivendicare la corretta applicazione delle regole che la stessa borghesia aveva concepito: tuttavia, nel momento stesso in cui essi si appropriarono, per così dire, delle libertà statutarie, di fatto aprirono la stada ad una trasformazione di queste ultime da «privilegi» borghesi — quali si erano atteggiate fino ad allora - a veri e propri «diritti», estensibili ad ogni categoria sociale ([273]).

Ciò sembra confermare in pieno il giudizio di Amato, secondo il quale la borghesia, una volta divenuta classe egemone, confinò i diritti di libertà «nella gabbia d'oro dei preamboli alle costituzioni»: i diritti medesimi, infatti, «componenti essenziali del programma

---

([271]) Corte d'appello di Modena, 7 febbraio 1895, Bertesi e altri, cit.

([272]) Vedi FIORE, *I reati di opinione*, cit., 67.

([273]) Così VALLAURI, *La nascita del P.S.I. e la crisi di fine secolo (1892-1900)*, in *Storia del socialismo italiano*, diretta da G. Sabbatucci, Roma, 1980, 258-259. I socialisti entrarono, tra l'altro, a far parte della «Lega per la difesa della libertà», nata ad iniziativa dei radicali nel novembre del 1894 allo scopo di riaffermare i principi costituzionali in contrapposizione alla violenza dello Stato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

borghese prima della sua realizzazione, sopravvivono a questa soprattutto come parametro politico e culturale sul quale misurano le leggi e l'ordinamento che ne consegue, quanti insistono a coltivare aspirazioni libertarie» (274). E proprio in quest'orbita assolutamente legalitaria si svolse la battaglia intrapresa dai socialisti: l'intransigente riaffermazione dei diritti di libertà e la difesa strenua dei più elementari principi liberali, violati di continuo proprio da coloro che se ne proclamavano i soli legittimi rappresentanti (275).

7.3. *Il rilievo probatorio dello statuto e del programma nella qualificazione delittuosa di una associazione politica.*

Nelle pronunce fin qui esaminate, come si è visto, il carattere «violento» dell'ideologia socialista veniva desunto non soltanto dallo statuto e dai documenti programmatici del partito, ma anche dal contenuto e dal tono di alcuni interventi congressuali. La scorrettezza di una siffatta scelta interpretativa fu segnalata in dottrina da Marchetti, il quale metteva in guardia «contro il non accettabile sistema... di desumere gli intenti delle associazioni da frasi ed espressioni spigolate qua e là nel verbale stenografico del Congresso di Reggio; quasiché da un lato fosse lecito elevare a dignità di documento probatorio il prodotto anonimo di una speculazione tipografica, e dall'altro potesse dirsi che il pensiero di un corpo deliberante si trae dalle parole di alcuno degli adunati o dalle proposte fatte e respinte, anziché dagli ordini del giorno votati, che rappresentano la sintesi vera di ciò che si è voluto» (276).

Le stesse puntuali osservazioni critiche, del resto, si ritrovano in alcune sentenze di assoluzione, in cui il descritto criterio viene respinto con decisione. Così, secondo la Corte d'appello milanese (277) la partecipazione di una società o di un circolo al Congresso

(274) AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, cit., 276.

(275) Nel «Programma minimo» politico ed amministrativo stilato dal Consiglio nazionale del partito socialista il 24 marzo 1895, sulla base di quanto era stato stabilito dal congresso di Parma, si indicava — al punto 2 delle «Riforme politiche» — l'abolizione di ogni legge restrittiva della libertà di stampa, riunione e associazione (in VALLAURI, *La nascita del P.S.I.*, cit., 521).

(276) MARCHETTI, *Intorno all'incriminabilità*, cit., 294.

(277) Corte d'appello di Milano, 4 febbraio 1895, Beretta e altri, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non può assumere il significato di una piena adesione a tutto ciò che fu detto in quella sede. L'adesione, infatti

dev'essere considerata e ritenuta come data in massima al partito dei lavoratori italiani ed ai principi da essi fatti valere, e quanto meno, fino a prova contraria, devesi ritenere *che non abbiano aderito eziandio ai mezzi proposti dagli oratori congressisti per far valere quei principi stessi*. D'altronde, dall'esame del verbale stenografico si rivela che *non tutti quegli oratori furono concordi nell'adottare anche in massima mezzi violenti*.

Nel medesimo senso si pronunciarono le Corti d'appello di Lucca e di Firenze ([278]) e il Tribunale di Roma ([279]), il quale dedicò all'argomento un' attenzione particolare, osservando che

... le intenzioni manifeste od occulte del partito non si possono desumere da espressioni singolari di qualche membro del partito medesimo, per influente e noto che egli sia, ma si debbono trarre dagli ordini del giorno approvati, perché questi rappresentano veramente i principi accettati dalla maggioranza dell'assemblea...

In queste decisioni si nota, inoltre, una interpretazione in senso pacifico e legalitario dell'asserita natura rivoluzionaria del partito socialista. Secondo la Corte fiorentina, ad esempio,

si accenna, è vero, all'essenza del partito, eminentemente rivoluzionaria, ma il luogo stesso in cui si contiene tale affermazione, nella parte III cioè della tattica del partito che si riferisce all'azione politica ed alla tattica parlamentare, ed amministrativa, esclude assolutamente il concetto che alla parola *rivoluzionario* si volesse dare il carattere di rivolta, che non sarebbe neppure concepibile in un'assemblea politica e amministrativa.

Le sentenze assolutorie, pertanto si fondano su una certa interpretazione dello statuto e del programma del partito, in ciò attenendosi ad un canone ermeneutico indicato da una parte della dottrina come l'unico utilizzabile in materia di reati associativi. Dal-

([278]) Corte d'appello di Lucca, 7 febbraio 1895, Danielli e altri, cit.; Corte d'appello di Firenze, 19 marzo 1895, Pescetti e altri, cit.

([279]) Tribunale civile e penale di Roma, 11 febbraio 1895, Lollini, Marabini e altri, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la considerazione che la condotta vietata dall'art. 251 c.p. consiste nell'atto volontario e cosciente di entrare a far parte di un'associazione avente gli scopi indicati nell'art. 247, Marchetti deduce, infatti, che il solo elemento obiettivo dal quale possa desumersi la sussistenza del reato è lo *statuto* o *programma* della società in cui risultano determinati l'indirizzo e lo scopo di quest'ultima. Se il reato, nel suo elemento personale, consiste soltanto in questo *entrare a far parte* dell'associazione, l'incriminabilità o meno del singolo dovrà necessariamente inferirsi dall'accertata illiceità degli scopi associativi, ricavabile, a sua volta, dallo statuto sociale, «che è insieme l'unica manifestazione esterna del fine cui è diretta l'associazione e l'unico elemento concreto e positivo dal quale desumere il significato dell'adesione prestata dai singoli soci». Al di fuori dello statuto si potranno avere azioni individuali in alcuni casi autonomamente perseguibili sul piano finale: l'incriminabilità a titolo di reato associativo dipende invece in modo esclusivo dal contenuto dello statuto sociale, «in quanto è appunto l'aderire ad esso ed il proporsi di compiere la via in esso tracciata che costituisce il reato» ([280]). Quanto, in particolare, allo statuto-programma del partito socialista, l'Autore, dopo un'accurata disamina, giunge ad escluderne con decisione il carattere criminoso: «Ora, per quanto si legga e si rilegga e si commenti e si torturi il programma-statuto del partito dei lavoratori, questo solo si trova, che scopo dell'associazione è di formare un partito, il quale, col mezzo più legale che desiderare si possa, il voto politico ed amministrativo, si impadronisce dei pubblici poteri» ([281]).

La natura legalitaria del programma socialista è affermata anche da De Rubeis, il quale respinge — da un punto di vista di teoria generale — la deducibilità del carattere delittuoso di un'associazione dal solo statuto o programma della medesima. Egli sottolinea, infatti, come ben difficilmente nello statuto di un partito, anche il più radicale, possa trovarsi una esplicita indicazione dei mezzi illegali da adottare: «Vi sarà l'organizzazione, vi sarà il fine remoto di raggiungere un mutamento degli ordinamenti economici e sociali, ed anche, se mai, un fine prossimo ed immediato; ma codesto mutamento non sarà mai voluto come conseguenza intenzionale di violazioni di spettanze già garantite dalle leggi vigenti, sì bene come meta di aspirazio-

([280]) MARCHETTI, *Intorno all'incriminabilità*, cit., 293.
([281]) MARCHETTI, *op. cit.*, 296.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ni a fini più elevati, sia pure che a raggiungere gli stessi occorra talvolta la violazione e la manomissione di quelle spettanze». Pertanto, secondo De Rubeis, nella maggior parte dei casi si dovrà far riferimento ad atti individuali, rivelatori dei reali intenti dell'associazione: rendendosi necessario stabilire, ovviamente, attraverso opportuni riscontri probatori, se tali azioni corrispondano ad isolate iniziative dei singoli, o se siano invece ricostruibili come momenti di concreta attuazione del programma associativo (di commissione di reati): «e quando tale accertamento siasi fatto, non vi sarebbe ragione per esimere da responsabilità i varii socialisti componenti l'associazione, ma non perché semplicemente socialisti, sì bene perché in tale qualità intenti a compiere i malefizii dell'art. 247, o di altra specie» ([282]).

Una tesi analoga era già stata sostenuta in dottrina da Tuozzi, in riferimento all'art. 248 c.p. sull'associazione per delinquere, ma con argomentazioni estensibili allo schema generale di condotta associativa. Secondo questo Autore, l'art. 248, richiedendo, tra gli altri elementi, che l'associazione sia costituita con il fine determinato e preciso di commettere uno o più dei delitti menzionati nel medesimo articolo, e dovendo questo fine «risultare *ex perspicuis iudiciis*», cioè da *atti esterni e certi*, doveva ritenersi inapplicabile in assenza di tali *atti*. Pertanto, la disposizione in parola «non riceve esatta applicazione che quando gli associati hanno messo mano a una certa opera. La quale potrà ben arrivare anche allo stato di conato punibile, o di delitto perfetto, e allora ben si potrà sostenere il concorso di reati, cioè del reato fine e di quello di associazione, ma è molto difficile che si trovi ad applicare l'art. 248 senza nulla *fare* verso il reato fine, dalla conoscenza del quale dipende la determinazione della associazione a delinquere» ([283]).

Un tentativo di certo apprezzabile, e tuttavia destinato ad infrangersi contro la struttura del reato associativo, che non esige affatto, come si è detto più volte, il compimento di azioni concrete: esattamente, dunque, Cristiani contestava l'opinione di Tuozzi, ribadendo come soltanto due fossero gli estremi richiesti dall'art. 248 c.p., accertabili con ogni mezzo e desumibili da qualsiasi indizio: l'*esistenza dell'associazione*, cioè di «una medesima volontà crimi-

([282]) De Rubeis, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 1097.

([283]) Tuozzi, *Ancora degli anarchici*, cit., 98 (corsivo non testuale).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nosa che leghi cinque o più associati», e la *volontà comune* di compiere i delitti previsti dell'art. 248, da verificarsi «non soltanto in concorso di atti esterni, ma *in qualsiasi modo*, non esclusa quindi per quanto può valere la confessione degli stessi imputati» ([284]).

7.4. *Struttura del partito socialista e vanificazione del principio della responsabilità penale personale.*

Un'ulteriore questione, estremamente controversa, riguardò l'incriminabilità delle associazioni e dei circoli socialisti, sulla base dell'art. 5 legge n. 316/1894 e degli artt. 247 e 251 c.p., per la loro sola *adesione al partito socialista dei lavoratori e per la partecipazione al Congresso nazionale di Reggio Emilia del 1893.*

Il principio secondo cui tale adesione non costituisse una ragione sufficente per emettere una sentenza di condanna fu affermato in numerosi giudicati di merito, in particolare di secondo grado. Si pronunciò decisamente in questo senso la Corte d'appello di Milano, con la citata sentenza 4 febbraio 1894, conforme ad una decisione della Corte d'appello torinese, di poco precedente, con cui si era ritenuto che la qualità dell'imputato di presidente di una associazione affiliata al partito socialista non bastasse a far presumere che egli avesse pubblicamente eccitato all'odio fra le varie classi sociali, occorrendo la prova specifica del reato attribuitogli ([285]). Del medesimo tenore, come si è visto, erano le sentenze 7 febbraio 1895 della Corte d'appello di Lucca e 19 marzo 1895 della Corte d'appello di Firenze; la Corte lucchese, poi, ebbe modo di ribadire il concetto in due pronunce del 26 settembre successivo ([286]). In una di queste si legge:

... mancando un fatto specifico tranne quelli di appartenere al partito e l'adesione a quello dei lavoratori di Milano e al Congresso di Reggio Emilia... oltre questi indizi non offre il processo altri dati sicuri di

([284]) CRISTIANI, *Socialisti e anarchici*, cit., 355 (corsivo non testuale).

([285]) Corte d'appello di Torino, 10 gennaio 1895, Loro Rodolfo, in *Cass. unica*, 1895, VI, 316. Si legge nella nota redazionale alla sentenza: «Plaudiamo a questa massima della Corte torinese la quale ha solennemente condannato i processi all'intenzione e la esumazione del sistema delle presunzioni».

([286]) Corte d'appello di Lucca, 26 settembre 1895, Pescetti ed altri, cit.; IDEM, stessa data, Masini e altri, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

convincimento per ritenere gli appellanti colpevoli del reato loro ascritto... (287).

In tutte queste sentenze, tra l'altro, si solleva un problema giuridico molto preciso, riguardante la *forma indeterminata* dell'«adesione» delle associazioni al Congresso di Reggio Emilia, della quale non si conosceva, in molti casi, da chi, in quali termini ed in quale epoca fosse stata data. Tra i documenti giurisprudenziali esaminati la questione si trova prospettata per la prima volta dal giudice istruttore del tribunale di Benevento, nell'ordinanza 29 dicembre 1894 (288), con la quale i componenti del circolo «Giuseppe Garibaldi» di quella città furono prosciolti per non aver commesso il fatto. Afferma il giudice:

È vero che il circolo fu rappresentato al Congresso di Reggio Emilia dall'avvocato Lollini, ed è vero altresì che fece adesione alla Lega dei lavoratori di Milano. *Ma della rappresentanza non risulta il mandato specifico*, mentre per la vita che menava il circolo e per la condizione delle persone che il componevano pare che sia stato un *atto incosciente*.

In seguito, le medesime perplessità in ordine alla procedura adottata per aderire formalmente al Congresso furono espresse nelle pronunce di secondo grado prima citate.

Nella giurisprudenza ordinaria, peraltro, è presente anche l'orientamento contrario, che ritiene l'adesione di una associazione al partito socialista, o la sua partecipazione al Congresso di Reggio Emilia, un elemento idoneo a determinarne l'illiceità penale: con la precisazione che le sentenze ascrivibili a questo indirizzo interpretativo si fondano spesso su una definizione piuttosto precisa della *forma giuridica* di tale adesione o partecipazione.

È opportuno, a questo proposito, premettere alcuni chiarimenti circa il modello organizzativo del partito socialista nel periodo al quale si riferiscono le decisioni esaminate.

Nell'anno in cui si svolse il Congresso di Reggio Emilia, il criterio per l'ammissione al partito era ancora quello delle *adesioni collet-*

(287) Corte d'appello di Lucca, 26 settembre 1895, Masini e altri, cit.

(288) Giudice istruttore presso il Tribunale penale di Benevento, 29 dicembre 1894, D'Alessandro, Panelli e altri, in A.C.S. — Ministero di Grazia e Giustizia — Direzione generale AA.PP. — Miscellanea — b. 100, f.l., vol. 2°, 1895 «Partito socialista dei lavoratori italiani».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tive, previsto dallo Statuto approvato dal Congresso di Genova del 1892, e che restò tale fino alla riforma del 1895. In altri termini, affiliate al partito erano soltanto le diverse organizzazioni (società di mutuo soccorso, leghe di resistenza, circoli elettorali), mentre il singolo era iscritto a queste ultime, e non al partito in quanto tale. Ciò significa, in pratica, che non tutti coloro che si muovevano in qualche modo nell'area di influenza del partito socialista potevano essere considerati come suoi militanti, dal momento che gli iscritti ai singoli circoli o gruppi non si trasformavano automaticamente in membri attivi del partito ([289]).

Si trattava, dunque, di una struttura di tipo federativo, di secondo grado, in cui veniva salvaguardata l'autonomia delle varie società ([290]). L'adesione al partito comportava l'accettazione del programma politico unito allo Statuto, il quale si proponeva lo scopo di «difendere i salariati nella lotta per la loro emancipazione, sviluppando in essi la coscienza dei loro diritti, e organizzandoli preferibilmente arte per arte nei centri ove le condizioni del lavoro lo consentono» ([291]).

Quanto al congresso generale del partito, esso era costituito dai rappresentanti delle federazioni e società aderenti, ma vi potevano prendere parte anche le associazioni non confederate, sempre che dichiarassero di accettare il programma del partito ([292]). Era quindi giuridicamente prevista la figura delle società non aggregate al partito partecipanti ai congressi, per le quali era prevista una contribuzio-

([289]) VALLAURI, *La nascita del P.S.I*, cit., 232. Secondo i dati riportati da questo Autore, alla metà del 1893 erano circa 220 le società aderenti direttamente al partito, mentre una cinquantina, composte in prevalenza da contadini, erano associate attraverso la federazione di Mantova. Complessivamente, gli elementi legati al partito erano almeno centomila.

([290]) Art. 3 dello Statuto del partito:

L'adesione delle Società al Partito implica l'impegno di procedere di comune accordo in tutto quanto riguarda l'applicazione del programma comune, i cui metodi saranno determinati nei Congressi.

Sarà salva l'autonomia delle singole Società o Federazioni in tutto ciò che non sia contrario all'interesse dell'organizzazione generale.

([291]) Così recita l'art. 1 dello Statuto. Ex art. 2, le associazioni che vogliano far parte del partito devono essere composte da «puri e semplici lavoratori d'ambo i sessi, di città o di campagna, e alla dipendenza di padroni, intraprenditori, commercianti od amministrazioni qualsiasi».

([292]) Art. 8 Statuto. Sulla base del successivo art. 9, nessuna società poteva avere più di due rappresentanti e più di un voto al congresso.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne di L. 3 — mentre la vera e propria iscrizione al partito avveniva attraverso il pagamento di una tassa annuale di L. 2 per le società con un numero di soci inferiore a 100 e di L. 5 per le altre ([293]). Il diritto di voto, peraltro, era riservato alle sole società federate o che dichiarassero in congresso di federarsi ([294]). L'art. 14 dello statuto, infine regolava dal punto di vista formale la partecipazione al congresso, al quale non erano ammessi i rappresentanti di società che non avessero inviato l'adesione e la delegazione del mandato e pagato la relativa quota almeno dieci giorni prima della data di convocazione. Le adesioni e le delegazioni delle società partecipanti al congresso dovevano essere scritte su appositi moduli, distribuiti dal comitato centrale, sui quali si dovevano indicare la data di fondazione della società e il numero degli associati, e si doveva altresì dichiarare espressamente che la società ed il suo delegato accettavano i princìpi generali ed i metodi del programma del partito.

Ora, nelle sentenze in commento si trova talora documentata in maniera puntuale l'esplicita adesione dell'associazione al partito, nelle forme richieste dallo statuto. Così, sia il Pretore dal mandamento di Reggio Emilia ([295]) sia la Corte d'appello di Venezia ([296]) si riferiscono al versamento della quota annuale per dedurre la qualità di *sezione* del circolo socialista. In altri casi, ciò che rileva è la partecipazione dell'associazione al Congresso di Reggio Emilia, accertata attraverso l'elenco e delle società presenti al Congresso medesimo (formato sulla base dei moduli di cui all'art. 14 dello statuto e pubblicato dalla Tipografia degli Operai di Milano). Nella sentenza 23 novembre 1894 del Pretore del mandamento di Borgo S. Donnino ([297]), si legge, ad esempio, che la società operaia agricola di Carzeto parmense aveva fatto adesione al Congresso nazionale del partito socialista del 1893

sotto il nome più significante di Società dei lavoratori di Carzeto parmense come risulta a pag. 58 n. 44 dell'elenco delle società aderenti an-

([293]) Art. 13 Statuto. Per le federazioni era prevista una tassa annuale di L. 10, al di fuori delle quote pagate dalle società aggregate alle federazioni medesime.

([294]) Art. 9 Statuto.

([295]) Pretore del mandamento di Reggio Emilia, 18 novembre 1894, Tassoni e altri, cit.

([296]) Corte d'appello di Venezia, 16 febbraio 1895, Zanollo, De Mori, cit.

([297]) Pretore del mandamento di Borgo S. Donnino, 23 novembre 1894, Galeotti e altri, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nesso al verbale stenografico del Congresso stesso... e fu dalla Società stessa sopportata la spesa occorrente per la rappresentanza, come risulta dall'ordine di pagamento n. 216 del libro dei mandati.

Sul problema, più in generale, delle conseguenze giuridiche derivanti dall'adesione ad una «società-madre» avente scopi penalmente illeciti, così si espresse il tribunale di Ferrara, nella sentenza 17 novembre 1894 ([298]):

Né vale il sostenere a scopo di difesa che, pur essendo una società ascritta al partito socialista, taluni dei suoi membri non intendessero poi ottemperare a tutto quanto il programma di esso prescrive: essendo risaputo che le persone o società, le quali fanno parte di un'associazione generale, devono scrupolosamente adempiere agli obblighi loro imposti dallo statuto, e non possono modificare, a seconda dei loro rispettivi desideri, gli impegni assunti, cosa questa che, qualora si verificasse, apporterebbe di necessità lo sfacelo dell'istituzione, e renderebbe inutile il programma compilato sul voto della assemblea.

Una tesi, questa, che non fu estranea ad una certa giurisprudenza della Corte Suprema, peraltro aspramente critica in dottrina. Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza 5 giugno 1895 ([299]) secondo cui

commettono il reato di cui all'art. 5 della legge eccezionale del 1894 le associazioni socialiste che fanno parte del partito socialista dei lavoratori italiani e che hanno aderito, come sezione, alla tattica e al programma del Congresso di Reggio Emilia del 1893.

Ebbene, quando si ponga mente ai caratteri dell'organizzazione del partito socialista cui si faceva cenno in precedenza, è facile rendersi conto di come una simile concezione della responsabilità penale costituisse un'autentica aberrazione giuridica. Si è già detto, infatti, del sistema delle *adesioni collettive*: nell'ambito della categoria delle «associazioni di associazioni», si trattava cioè del tipo di partito i cui membri non sono i singoli, ma altre associazioni, mentre il singolo individuo partecipa soltanto in forma indiretta alla vita del partito, attraverso gli organi dell'associazione-membro cui egli ap-

([298]) Tribunale di Ferrara, 17 novembre 1894, Baraldi, citata da VESCOVI, *Istigazione a delinquere*, cit., 740.

([299]) Corte di cassazione, 5 giugno 1895, P.M. c. Levi, Ringler, Zilotti ed altri, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

partiene ([300]). Come ha messo in luce Arfè, questa tecnica di organizzazione politica corrisponde ad una visione del partito più come strumento di coordinamento di diverse realtà politiche, che non di guida, di direzione delle medesime: essa era stata proposta da Filippo Turati al congresso operaio di Milano del 1891, con il preciso intento di favorire e tutelare l'autonomia del movimento economico di classe. Nella posizione teorica di Turati — nota Arfè — ai socialisti «tocca il compito di promuovere ovunque la nascita degli istituti dell'autonomia proletaria, ma è da respingere la tentazione di imporre ai nuovi organismi un rapporto di subordinazione, e di esigere dai membri di essi l'atto di adesione al partito, perché l'attività che in quell'ambito essi svolgono è di per sé un contributo all'avanzata del socialismo: essi operano da socialisti anche senza esserlo formalmente» ([301]).

Sulla questione organizzativa, tuttavia, restò aperta una discussione che si concluse con l'adozione, nel 1895, del nuovo sistema delle *adesioni individuali*: e proprio dai contenuti di tale discussione emergono chiare indicazioni in merito alla posizione di estrema indipendenza dei singoli rispetto al partito nella fase storica cui si riferiscono le sentenze di condanna prima esaminate.

Le adesioni collettive, infatti, furono sottoposte a critica a causa del legame troppo *indiretto* tra individuo e partito che esse comportavano. L'*adesione individuale*, al contrario, aveva l'inequivoco significato di una «prova dell'avvenuta maturazione del singolo militante di una consapevole coscienza di classe, che trova nell'organismo politico il luogo idoneo e necessario al proprio integrale sviluppo teorico e pratico» ([302]). Il nuovo criterio organizzativo venne approvato dal congresso di Parma del 1895, svoltosi clandestinamente in conseguenza delle repressioni crispine, e fu perfezionato nell'anno successivo. Nella *Relazione dell'Ufficio esecutivo del PSI sullo stato del partito nel 1895* ([303]) si legge in proposito:

([300]) RESCIGNO G.U., *Partiti politici, articolazioni interne dei partiti politici, diritto dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1964, 1416. Un diverso tipo di partito, appartenente alla medesima categoria, è quello i cui membri sono singole persone fisiche, «le quali sono contemporaneamente membri di articolazioni minori, la sezione, la federazione, ecc.».

([301]) ARFÈ, *Storia del socialismo italiano*, cit., 33.

([302]) ARFÈ, *op. cit.*, 29.

([303]) Citata in VALLAURI, *La nascita del P.S.I.*, cit., 533. L'adesione personale, d'altra parte, presentava anche un aspetto — per così dire — difensivo: essa, si legge an-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'incarico più importante datoci dal Congresso si fu d'iniziare l'organizzazione del Partito sulla base dell'adesione personale, ritenuta da esso la migliore per stabilire la *vera coscienza politica degli iscritti*... il Partito dei lavoratori italiani s'era presentato a Reggio Emilia con 294 società e 107.830 soci dei quali 65.932 dalla sola Sicilia. Oggi le organizzazioni del Partito socialista italiano toccano la bella cifra di 450, e contano 21.000 soci *coscienti, tutti iscritti personalmente*, nel mentre una buona metà dei 107.830 di Reggio si può ritenere, senza tema di esagerare, che erano nel partito *o a loro insaputa, o contro la loro volontà*, oppure illusi da miraggi falsi, attratti da interesse, spinti dalla miseria a cercare sfogo ai loro dolori, a cercare nuove speranze di cui pascersi in mancanza di pane.

Se l'analisi contenuta nella *Relazione* è esatta; se corrisponde a verità, come si è cercato di dimostrare, che fino al 1895 il rapporto tra singolo componente dell'associazione e partito era quanto mai indefinito ed incerto, almeno sotto un profilo strettamente giuridico, l'impiego in funzione antisocialista dell'art. 5 legge n. 316/1894 e degli artt. 247 e 251 c.p. non poteva non tradursi in una inammissibile generalizzazione della responsabilità penale, di fatto estesa ad un intero partito, con grave compromissione del carattere rigidamente personalistico da cui questa doveva essere connotata, in base ad un postulato teorico non derogabile ed universalmente accolto.

«Il torto di siffatti giudicati — è il commento della *Giustizia penale* alla sentenza della Cassazione da ultimo richiamata — consiste nel voler generalizzare la responsabilità penale. La responsabilità deve essere personale, sia che si tratti di individui, che di associazioni. Non si colpisce con una legge eccezionale tutto intero un partito. Esso si muove dentro la storia: e la repressione generica ed incondizionata non è sufficiente ad arrestarlo» ([304]).

---

cora nella *Relazione*, «precludendo l'entrata in esso (nel partito) di società cooperative, liberava queste dall'incubo di danni incalcolabili derivanti dagli scioglimenti purtroppo sempre prevedibili...». CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, vol. VI, cit., 437-438, nota in proposito che la decisione di organizzare il partito sulla base dell'adesione personale fu «una conseguenza positiva della dura reazione che si era abbattuta sul partito e sul movimento operaio, la quale aveva colpito indiscriminatamente le associazioni aderenti al partito, ivi comprese molte cooperative e società di mutuo soccorso... Si era quindi imposta l'esigenza di distinguere nettamente il movimento economico (sindacale, cooperativo, mutualistico, ecc.) dal movimento politico del proletariato». Sul punto, vedi anche le osservazioni di ARFÈ, *Storia del socialismo italiano*, cit., 33.

([304]) La sentenza è così commentata da OLIVIERI, in *Scuola pos.*, 1895, V, 81: «Ah!

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

7.5. *I contrastanti orientamenti della Cassazione.*

Quanto alla giurisprudenza della Cassazione, la posizione più criticabile fu quella assunta nella citata sentenza 5 giugno 1895, secondo la quale le associazioni aderenti al partito socialista dovevano ritenersi incriminabili alla stregua dell'art. 5 legge eccezionale, in quanto associazioni politiche di carattere sovversivo.

Anche su questo tema, tuttavia, è individuabile un diverso orientamento, decisamente più garantista, rappresentato dalle sentenze 26 aprile e 19 luglio 1895 ([305]), già segnalate in precedenza per la loro interpretazione in chiave *concreta* della controversa nozione di «vie di fatto» ([306]).

La decisione del 26 aprile si riferisce al procedimento contro nove componenti della lega socialista di Modena, sciolta con decreto prefettizio dell'ottobre 1894, imputati dei delitti previsti dagli artt. 247 e 251 c.p. e 5 legge n. 316/1894. Il tribunale di Modena aveva dichiarato il non luogo a procedere nei confronti di sette di essi per inesistenza di reato, e nei riguardi degli altri due perché esclusa l'esistenza del fatto ad essi addebitato. La Corte d'appello, con sentenza 14 febbraio 1895, aveva confermato la pronuncia di prima istanza. Nel ricorso per cassazione presentato dal pubblico ministero, si sostiene che la Corte modenese non avrebbe dovuto fondare la propria decisione sulla condotta dei membri dell'associazione in quel determinato contesto ambientale

ma bensì sugli *scopi* a cui tende, sul *legame con altre società*, sulla *possibilità* che sorga il momento dell'azione rivoluzionaria, e sull'obbligo de' soci di prestarsi a tale azione.

La risposta della Corte Suprema alle argomentazioni del pubblico ministero ricorrente fu netta ed inequivocabile:

Signori della Corte, lasciatevelo dire: voi vi intenderete di codici, ma non vi intendete di socialismo. Perciò, voi pronunciate sentenze che sgomentano perfino gli ortodossi, mentre anche la legge scritta non vi avrebbe vietato di resistere nobilmente e fieramente al sistema abominevole delle persecuzioni contro il pensiero. Con questa sentenza, poi, si generalizza la responsabilità penale che deve essere *personale*, colpendo tutto un partito. Quando si è giunti a tal segno?».

([305]) Corte di cassazione, 26 aprile 1895, Boccolari e altri, cit.; ID., 19 luglio 1895, Sani, cit.

([306]) Vedi *supra*, par. 6.5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

... era in gioco la lega modenese, non la società de' lavoratori italiani, e *non è sufficiente l'adesione teoretica, platonica alle teoriche e agli ideali della società madre per argomentare della identità di fini e di mezzi. Ciascuno risponde del proprio fatto* e la società modenese non può essere chiamata responsabile di vagheggiare gli ideali della società dei lavoratori quando per attuarli non ricorra a *mezzi atti e opportuni allo scopo.*

In senso sostanzialmente analogo si espresse la sentenza 19 luglio 1895, con cui venne confermata una pronuncia di assoluzione emessa dal tribunale di Mantova. Un indirizzo interpretativo, questo, di cui deve essere sottolineata l'indubbia importanza: esso, infatti, negando ogni autonomo rilievo penale all'adesione ad una «società-madre» avente determinati fini, qualora a ciò non si accompagnasse l'adozione in concreto di *metodi di azione* idonei al raggiungimento di questi fini, e ribadendo con chiarezza che «ciascuno risponde del proprio fatto», respingeva senza mezzi termini quella generalizzazione della responsabilità penale ad un intero partito in cui doveva inevitabilmente tradursi l'orientamento contrario. E tuttavia, come si è visto, la stessa Corte disattese in talune occasioni questi stessi princìpi, mentre, d'altra parte, l'utilizzazione della clausola della insindacabilità dell'apprezzamento di fatto lasciava oggettivamente aperta la strada a soluzioni diverse, che, infatti, non mancarono.

Resta, infine, da precisare che, se adesione al partito e partecipazione al Congresso del 1893 costituirono il cardine probatorio delle sentenze di condanna contro i componenti delle associazioni e dei circoli socialisti, tuttavia la conferma definitiva del carattere «sovversivo» di questi ultimi venne quasi sempre ricercata in elementi ulteriori, in genere desunti dai documenti sequestrati in occasione degli scioglimenti e da testimonianze relative a conferenze, pubbliche manifestazioni, discorsi propagandistici di tono particolarmente «violento», o addirittura, in qualche caso, dalla semplice espressione di sentimenti individuali avversi al regime politico vigente. Fatti e comportamenti che, come tali, nulla avevano a che fare né con l'incitamento pericoloso all'odio di classe, né, tantomeno, con la sovversione violenta degli ordinamenti sociali.

In realtà, la configurazione in termini di delitto associativo di una pluralità di condotte afferenti all'ambito della libera manifestazione del pensiero in materia politica, la cui forma più caratteristica è costituita proprio dalla propaganda, conferma una volta di più sia la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

natura del tutto *astratta* del «pericolo» che si intese fronteggiare attraverso la persecuzione penale del socialismo, sia l'elevato grado di duttilità repressiva acquisita — attraverso le descritte vicende legislative e giurisprudenziali — dalla fattispecie associativa, ormai efficacemente utilizzabile per colpire aree anche molto ampie di dissenso organizzato.

IV. Conclusioni.

1. *La «costruzione giurisprudenziale» del reato associativo politico nell'ambito della elaborazione delle «regole sul dissenso» nello Stato monoclasse liberal-autoritario.*

Con la presente indagine si è dunque cercato di ricostruire la *genesi del reato associativo politico*, considerando gli scambi reciproci di influenza presenti nel circuito scelte legislative/giurisprudenza/dottrina. L'esame delle disposizioni del codice Zanardelli riguardanti questa materia e della legislazione antianarchica del 1894, conferma che tali norme, grazie alla estrema genericità della loro formulazione, furono oggetto di una interpretazione giudiziaria che seppe efficacemente adattarle alle necessità politiche contingenti. In particolare, attraverso una complessa serie di interventi interpretativi (e poi legislativi), il reato associativo — la cui origine storica, come si è visto, è legata ad esigenze di *prevenzione* nei confronti delle diverse forme di banditismo ([307]) — fu portato dall'ambito della repressione della criminalità comune a quello del diritto penale politico. Nel corso di tale evoluzione, lo schema della fattispecie — costruito secondo la tecnica della *anticipazione del pericolo* ([308]) — venne via via modellato sulle esigenze del *controllo della manifestazione del pensiero*. Questo si verificò essenzialmente in sede applicativa, in primo luogo attraverso la definizione dello *scopo associativo illecito* in senso squisitamente *politico*, e la correlativa configurazione del bene giuridico tutelato (l'ordine pubblico) in termini di difesa dell'or-

([307]) Vedi *supra*, parte I, par. 2.2.

([308]) Fiore, *I reati di opinione*, cit., 162.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dine costituito. La giurisprudenza sulle associazioni anarchiche, inoltre, operò una sostanziale eliminazione dall'elemento oggettivo della fattispecie del requisito dell'*organizzazione* — riducendo il concetto di associazione punibile al semplice *accordo* intervenuto tra il numero minimo di persone richesto dalla legge, con la conseguente inafferrabilità delle condotte individuali di associazione —, mentre numerose decisioni relative ai socialisti si caratterizzarono per la svalutazione dell'elemento personale della responsabilità penale, di fatto generalizzata a tutto quanto un partito: entrambi i percorsi interpretativi ebbero come conseguenza, in definitiva, l'applicazione del reato associativo ad intere *aree ideologiche*.

Quanto, in particolare, all'illiceità del fine perseguito, l'accento venne sempre posto sulla necessità di tutelare la struttura economica dello Stato dal «pericolo» costituito da quelle organizzazioni politiche che si proponessero appunto un radicale mutamento del sistema borghese di produzione e di distribuzione della ricchezza. Va notato, peraltro, il carattere del tutto *astratto* di tale pericolo, dal momento che le tanto temute «aggressioni alla proprietà» erano quasi sempre — e, nel caso dei socialisti, sempre — soltanto *ideologiche*, attuate con il mezzo della propaganda politica, ed attinenti pertanto alla sfera della manifestazione del pensiero. In questo senso, l'uso della fattispecie associativa appare come il più coerente rispetto alle esigenze repressive, e senz'altro come il più efficiente: esso consente, infatti, di *anticipare* la tutela dell'ordine politico e sociale costituito ad una fase in cui il pericolo è ancora *ipotetico*, non essendosi verificato alcun atto materiale esteriore, che possa concretarsi per lo meno in un tentativo di reato.

È stato d'altra parte osservato come la configurazione in termini di illecito penale di ogni atteggiamento suscettibile di interferire con l'area di protezione del potere, *indipendentemente dalla sua effettiva pericolosità*, sia indissolubilmente legata ai caratteri stessi della formazione dell'apparato di potere statuale, cui si connette a sua volta il ruolo assunto nel sistema dal giudice nei confronti del dissenso ([309]).

Operando una distinzione tra paesi nei quali il tessuto aggregativo della società è costituito dal legame comunitario, come gli Stati Uniti, e paesi in cui la funzione aggregante è stata svolta dal potere di

([309]) AMATO, *Sistema giudiziario e dissenso sociale*, in *Pol. dir.*, 1972, 301 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chi è divenuto Stato — ed è questo il caso dell'Italia —, Amato sottolinea come nell'esperienza storica italiana — a differenza che in quella statunitense — le *regole sul dissenso* siano state elaborate non dalla comunità-maggioranza, ma dal potere insicuro dei governanti: di conseguenza, esse hanno come base la *difesa del potere*, e cioè l'ipotesi che il dissenso rappresenti sempre e comunque una fonte di spoliazione ([310]). Di qui, il diverso atteggiamento del giudice verso il dissenso: mentre nel sistema istituzionale statunitense i giudici sono esponenti della maggioranza, chiamati da un lato ad applicarne le regole, e a bilanciarle dall'altro con la protezione del dissenso — il che si riflette sull'argomentazione legale della sentenza, «nella quale le ragioni della maggioranza devono sempre confrontarsi con quelle del dissenso, dovendosi dimostrare di volta in volta se e perché prevalgono» ([311]) —, nella nostra storia passata il giudice ha assunto invece il ruolo di difensore del potere. Anche in questo caso, la presenza dell'ideologia generale del sistema si intravvede con chiarezza nella stessa argomentazione della sentenza, come schema di soluzione del conflitto tra libertà e autorità: «In principio vi sono sempre le ragioni dell'autorità — siano esse la sicurezza, la morale o semplicemente il prestigio di chi incarna il potere — e la libertà è consentita solo in quanto dimostri di non interferire con l'area coperta da tali ragioni... Le ragioni del potere sono così le prime ragioni del giudice, allo stesso modo che nello Stato assoluto» ([312]). La condanna, pertanto, prescinde dalla prova che da un determinato atto di libertà sia derivato in concreto un pericolo attuale per gli inte-

([310]) AMATO, *Sistema giudiziario,* cit., 307. «L'Italia — nota l'Autore — è un paese a basso legame comunitario, con un sistema istituzionale fondato non sul consenso, ma sul potere, e irto di strumenti ideati da governanti dominati dalla paura di esser minoranza ed in effetti contestati da minoranze che hanno spesso avuto la pretesa di esser maggioranza, sulla base di legittimazioni alternative».

([311]) AMATO, *Sistema giudiziario,* cit., 303. Il fatto che il giudice sia, al contempo, organo della maggioranza ed unica istituzione attraverso la quale può passare il dissenso segna, tuttavia, anche i limiti della politica delle libertà, identificabili nella «irresistibilità delle ragioni della maggioranza» quando il dissenso divenga, o comunque appaia, tanto diffuso da porsi come contropotere. «Privo di spazio e di difese ulteriori — osserva Amato — quel dissenso sarà condannato dallo stesso sistema giudiziario, che perderebbe la sua legittimazione se lo proteggesse oltre quelli che la maggioranza considera i limiti di guardia. E a quel punto, le ragioni della libertà continueranno sì ad essere il *prius*, ma riveleranno tutta la loro arrendevolezza» (304).

([312]) AMATO, *Libertà (dir. cost.),* cit., 279.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ressi dello Stato, essendo sufficiente provare che quell'atto è *intrinsecamente* contrario a tali interessi.

È evidente come queste considerazioni possano agevolmente riferirsi ai caratteri assunti dal controllo penale dell'associazionismo politico nell'ordinamento liberale. Lo stesso reato associativo, strutturalmente destinato a colpire determinate condotte in forza della loro presunta pericolosità oggettiva, rappresenta lo strumento repressivo ideale per un giudice che — come quello italiano — tende a condannare le espressioni di dissenso, individuali o collettive che siano, ben prima che si realizzi una situazione di pericolo effettivo per l'ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato.

Inoltre, lo schema argomentativo della sentenza appare ispirato all'impostazione di fondo autoritaria descritta da Amato: basti qui ricordare come a tale schema siano ascrivibili non soltanto le pronunce di condanna, ma anche le stesse decisioni assolutorie relative alle associazioni socialiste, nelle quali le ragioni del potere, della difesa dell'ordine costituito, rappresentano comunque l'unico termine di riferimento, e l'assoluzione consegue alla dimostrazione del carattere *non sovversivo* dell'attività politica incriminata — benché nella maggior parte dei casi il problema, in fondo, non si ponga nemmeno, preferendosi, asetticamente, l'assoluzione per insufficienza di prove.

2. *Il perpetuarsi dei moduli repressivi autoritari nell'ordinamento costituzionale repubblicano.*

Nel periodo fascista si ebbe una sistematica attività legislativa tesa alla regolazione del fenomeno associativo in tutti i suoi aspetti, che ebbe inizio negli anni 1925-26 ([313]), e culminò con l'inserimento nel

([313]) Legge 26 novembre 1925, n. 2029, concernente la «regolazione dell'attività delle associazioni, enti ed istituti e dell'appartenenza ai medesimi del personale dipendente dallo Stato, dalle province, dai comuni e da istituti sottoposti per legge alla tutela dello Stato, delle province e dei comuni» (si tratta della legge contro le associazioni segrete, che fornì in realtà all'esecutivo un prezioso strumento di controllo sulla struttura e l'attività di qualsiasi gruppo associato, e non solamente di quelli improntati ad un regime di segretezza: sul punto vedi CHELI, *Libertà di associazione,* cit., 296); legge 3 aprile 1926, n. 563, istitutiva dell'ordinamento corporativo; art. 215 del t.u. di P.S. 6 novembre 1926, n. 1848, che attribuiva al prefetto la facoltà di decretare lo scioglimento di associazioni, enti ed istituti che svolgessero comunque «attività contraria all'ordine nazionale dello Stato» (fu proprio in applicazione di questa norma che, dopo il 1926, furo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

codice penale del 1930 di nuove figure criminose, del tutto sconosciute alla precedente codificazione. Mentre, infatti, le fattispecie concernenti l'associazione per delinquere (art. 416), la cospirazione politica (art. 305) e la banda armata (art. 306), erano già note al legislatore del 1889 — anche se, nota Cheli, «ora risultano ampliate nei loro presupposti oggettivi e soggettivi» ([314]) — si prevedono nuove ipotesi di reato consistenti nel fatto di promuovere, costituire, dirigere, organizzare o partecipare ad associazioni antinazionali (art. 271) o ad associazioni internazionali non autorizzate (artt. 273 e 274) ([315]).

---

no disciolti i superstiti partiti politici); legge 25 novembre 1926, n. 2008, istitutiva del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, che configurava come fattispecie criminosa particolarmente grave, affidata alla competenza del nuovo organo, la ricostituzione, anche sotto forme diverse, delle associazioni disciolte per ordine dell'autorità.

([314]) CHELI, *Libertà di associazione*, cit., 297, nota n. 58. Il legislatore del 1930 ridusse a tre il numero di persone necessarie a costituire l'associazione per delinquere (mentre il codice Zanardelli richiedeva almeno cinque partecipanti). A differenza del codice precedente, poi, il codice Rocco non delimita le categorie dei delitti-scopo dell'associazione. Si legge in proposito nella *Relazione ministeriale sul progetto definitivo del codice penale*, II, 206: «Nel codice vigente esiste una limitazione qualitativa dei delitti, che gli associati debbono proporsi di commettere: la disposizione è tassativa e non consente estensione alcuna. Essa è di grave ostacolo a contrastare efficacemente la criminalità associata, né può dirsi risponda a una esigenza assoluta di giustizia. Non ho esitato a eliminare la limitazione suddetta, richiedendo soltanto lo scopo di commettere più delitti». Infine, assai più rigoroso — rispetto all'analoga fattispecie contenuta nel codice del 1889 — è il trattamento sanzionatorio derivante dall'art. 416 c.p.

([315]) Il divieto delle associazioni internazionali non autorizzate dal Ministero dell'Interno, sanzionato penalmente dai citati artt. 273 e 274 c.p., è previsto nell'art. 211 del t.u. di P.S. del 1931. La stessa legge di polizia recepisce i contenuti della legislazione del 1925 sulle associazioni segrete: a norma dell'art. 209 le associazioni sono tenute a fornire alla polizia, a richiesta, gli atti relativi all'ordinamento interno, l'elenco nominativo dei dirigenti e dei soci, e «ogni altra notizia intorno alla loro organizzazione ed attività», mentre il successivo art. 212 commina il licenziamento per gli impiegati dello Stato e degli enti pubblici che facciano parte di associazioni segrete. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 48, sottolinea come la previsione di fattispecie che incriminano l'associazione non più per la finalità che la contraddistingue, ma per il solo fatto di essere segreta o per la mera circostanza estrinseca della sua costituzione senza previa autorizzazione, rappresenti un vero e proprio distacco dai moduli repressivi dello Stato liberale. «La *ratio* di tale disciplina — afferma l'Autore — appare evidente: lo Stato intende riservarsi un potere di controllo preventivo che gli consenta di ammettere la formazione soltanto di quelle associazioni di cui abbia autoritativamente verificata la congruità con gli interessi generali. Si tratta di una radicale eliminazione di ogni significativo profilo di libertà, nella formazione del vincolo associativo» che ricorda i moduli rigorosamente autoritari frequenti nei codici preunitari.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tra i più significativi elementi di novità del dirito penale politico presenti nel codice Rocco deve essere segnalata proprio la «cura dedicata alla costruzione capillare ed organica delle figure dei *reati associativi*» ([316]), rispetto ai quali si registra — oltre al segnalato processo di moltiplicazione numerica — un generale ed accentuato inasprimento sanzionatorio.

Un interesse particolare riveste l'art. 270 sulle associazioni sovversive, il quale, menzionando le associazioni dirette a stabilire violentemente la *dittatura di una classe sociale* sulle altre, ovvero a *sopprimere violentemente una classe sociale*, o, comunque, a *sovvertire violentemente gli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato*, allude alle associazioni socialiste e comuniste ([317]); mentre il primo capoverso dello stesso articolo, indicando le associazioni che si propongono la *soppressione violenta di ogni ordinamento politico e giuridico della società*, allude invece alle associazioni anarchiche, individualistiche e collettivistiche ([318]).

([316]) M. ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, in *Quest. crim.*, 1981, 150. Di particolare rilievo fu l'adozione della formula «personalità dello Stato» per indicare l'oggetto giuridico di categoria dei delitti politici (mentre nel codice del 1889 si parlava di delitti contro la «sicurezza dello Stato»): una scelta terminologica, quella operata dal legislatore fascista, corrispondente ad una impostazione di pensiero dichiaratamente autoritaria, secondo cui lo Stato è «un organismo che ha una sua propria vita e suoi propri fini, che trascendono quelli degli individui, e un proprio valore spirituale e storico»: Alfredo ROCCO, *La trasformazione dello Stato*, Roma, 1927, 16. PADOVANI, *Bene giuridico*, cit., 10, osserva che il concetto di «personalità dello Stato», quale oggetto giuridico di ipotesi criminose diverse, presuppone una concezione totalitaria per la quale «come non esiste rapporto politico da cui sia estraneo lo Stato-persona, così non può darsi reato politico che non si rivolga verso quell'unico soggetto».

([317]) *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, 52: «... è agevole dedurre, dalla prima parte dell'articolo in esame, il riferimento alle associazioni comuniste o bolsceviche, il cui programma è diretto precisamente a stabilire violentemente la dittatura di una classe sulle altre, ovvero a sopprimere violentemente una classe sociale, ecc. Tanto l'una quanto l'altra categoria di associazioni, essendo dirette a sostituire ai modi attuali di ripartizione della ricchezza quelli che nella dottrina sono definiti comunemente i modi socialisti di tale ripartizione, hanno un obiettivo comune, la distruzione della proprietà individuale, e altresì un metodo comune di lotta, la violenza. Di ambedue codesti elementi comuni tengono conto le citate disposizioni... La prima parte dell'articolo, facendo menzione degli ordinamenti economici costituiti nello Stato, intende precisamente riferirsi all'istituto della proprietà individuale, il cui ordinamento è bensì giuridico, ma ha contenuto economico».

([318]) *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, 52-53: «È precisa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È con questa disposizione che il legislatore fascista colmò quelle lacune normative che avevano portato nel periodo liberale a reprimere le associazioni anarchiche attraverso l'applicazione del reato di associazione per delinquere ([319]), ed a concepire, per la repressione delle associazioni socialiste, l'art. 5 della legge 19 luglio 1894, n. 316. Proprio nel parallelo tra quest'ultima disposizione e l'art. 270 è stato ravvisato un esempio paradigmatico di continuità tra i modelli strutturali della legislazione liberale e la normativa del codice Rocco in materia di reati associativi politici ([320]). In effetti, la norma sulle associazioni sovversive recepisce senza sostanziali variazioni i contenuti della legislazione speciale e della elaborazione giurisprudenziale di fine secolo.

Allo stesso modo della disposizione del '94, l'art. 270 c.p. incrimina l'associazione esclusivamente sulla base dello *scopo* politico perseguito, non attribuendo alcuna rilevanza alla natura dei *mezzi* utilizzati per conseguire tale finalità ([321]). Né vale in contrario sottolineare l'inserimento, nell'art. 270, del requisito della *violenza* come caratterizzante il metodo di lotta di tali associazioni: come osserva esattamente Vassalli, basta leggere la Relazione del guardasigilli sul progetto di codice penale per renderci conto di come in essa la violenza sia ritenuta «un portato intrinseco ed ineluttabile dell'ideologia socialista e comunista... un metodo necessariamente connaturato all'ideologia intesa a sovvertire gli ordinamenti economici della società» ([322]) — un concetto tipico, quasi un luogo comune degli orientamenti giurisprudenziali esaminati.

---

mente alle associazioni anarchiche che lo stesso articolo intende riferirsi, quando nel primo capoverso vieta, ecc... Ricorrono a qualsiasi sistema di lotta, armando bene spesso il braccio dei singoli affiliati, non indietreggiando nemmeno di fronte agli attentati terroristici più spaventosi, pur di distruggere gli ordinamenti, ecc., e assicurare su tali rovine il trionfo dell'idea anarchica... Gli ordinamenti politici della società sono da identificare nello Stato. La furia anarchica è nemica di qualsiasi ordinamento statale, a differenza del comunismo, per il quale lo Stato è tutto, giungendo fino ad annientare qualsiasi iniziativa individuale. È evidente che uno Stato, il quale abbia consapevolezza della propria autorità ... non potrebbe tollerare nel proprio territorio tutte queste organizzazioni, senza rinunciare alla propria ragione di essere».

([319]) «Colla incriminazione delle associazioni sovversive non è più possibile l'inclusione delle società anarchiche, prettamente tali, fra quelle indirizzate alla commissione di più delitti»: ZERBOGLIO, *Delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 65.

([320]) DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 48.

([321]) DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit. 49.

([322]) VASSALLI, *Propaganda «sovversiva» e sentimento nazionale* in *Giur. cost.*, 1966, 1098. In senso analogo DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 49,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ciò sembra senz'altro confermare l'ipotesi formulata in partenza: quella, per intenderci, che scorge una *sostanziale continuità* nella legislazione italiana in materia di limiti alla libertà di associazione a partire dalla seconda metà dell'Ottocento fino ai giorni nostri.

Sul piano ideologico, certamente, profondi mutamenti sono intervenuti: dalla indifferenza/ostilità liberale nei confronti della complessa realtà dei gruppi sociali, all'aperta ostilità del fascismo, al pieno riconoscimento, in epoca repubblicana, della libertà di associazione come uno dei diritti fondamentali attraverso cui il cittadino svolge e sviluppa la sua personalità.

Ma questo, sul piano ideologico: se invece si considera il problema dalla prospettiva dello svolgersi effettivo della legislazione, si deve riconoscere che i limiti penalistici alla libertà di associazione sono andati aumentando sia di numero sia di portata, attraverso la riproposizione del modulo repressivo associativo, strutturalmente predisposto ad anticipare la consumazione dell'illecito.

Come osservato in precedenza, nello scenario normativo dei reati di associazione politica — per il quale già si ponevano gravi problemi di legittimità costituzionale ([323]) — si è registrato l'inserimento nel 1979 di una nuova ipotesi criminosa, l'art. 270-*bis* (c.d. «eversiva»), che ha provocato una serie di difficoltà interpretative, essenzialmente connesse alla definizione dei rapporti tra la nuova disposizione e le fattispecie codicistiche.

Infine, anche i limiti costituzionali in materia di associazionismo politico — art. 18, comma secondo, e XII disp.fin. — sono stati tradotti in divieti penali, perpetuandosi così la tradizionale tecnica repressiva ([324]).

---

secondo il quale la violenza nella fattispecie è configurata come un attributo della stessa «sovversione», e cioè dello *scopo finale* perseguito dall'associazione: con la conseguenza che essa «viene in questo caso ad assumere un contenuto generico, identificandosi non già con un concreto programma di reati, bensì con la mera intenzione rivoluzionaria perseguita, e cioè, in ultima analisi, con la pura e semplice ideologia politica professata dal gruppo». Così anche PETTA, *Le associazioni anticostituzionali*, cit., 63 ss.

([323]) Vedi *Supra*, parte I, par. 1.1.

([324]) L'associazione di carattere militare è prevista dal decreto-legge 14 febbraio 1948, n. 43; le organizzazioni fasciste sono punite dalla legge 3 dicembre 1947, n. 1546, in seguito modificata con legge 20 giugno 1952, n. 645; alle associazioni segrete, infine, si riferisce la legge 25 gennaio 1982, n. 17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *L'esigenza di una risistemazione dell'intera materia alla luce dei princìpi costituzionali e del carattere democratico dell'ordinamento.*

La descritta situazione pone non pochi problemi di compatibilità con l'attuale disegno costituzionale. L'indicazione *tassativa*, contenuta nell'art. 18 comma secondo Cost., dei limiti legittimamente apponibili all'associazionismo politico (divieto delle associazioni segrete e delle associazioni politiche paramilitari), è infatti inconducibile al carattere *non omogeneo* della società italiana nella fase storica in cui venne discussa e approvata la nuova Costituzione. Ora, la *non omogeneità* di una società politica — data dalla profondità del contrasto tra i diversi gruppi politici, e dal fatto che «i partiti rappresentano concezioni antitetiche della vita e dell'organizzazione sociale» ([325]) — tende inevitabilmente a tradursi, sul piano della formalizzazione giuridica, in un *patto costituzionale*, destinato a garantire le condizioni minime indispensabili per lo svolgersi effettivo della dialettica democratica. Ebbene, la *ratio* dei divieti di cui al secondo comma dell'art. 18 Cost. deve ascriversi proprio a tale natura compromissoria del patto costituzionale ([326]), stipulato tra forze politiche fortemente disomogenee dal punto di vista ideologico, ed in sostanziale dissenso sui fini fondamentali dello Stato: l'accordo fu raggiunto sulle garanzie minimali, attinenti ai *metodi* ammessi nella competizione politica (esclusa ogni possibile identità di *contenuti*). Ciò trova una precisa conferma nella previsione dell'art. 49 Cost., a tenore del quale l'unico limite all'attività dei partiti politici consiste nel rispetto del *metodo democratico*: e a tale limite si legano i divieti delle associazioni a carattere militare e delle associazioni segrete, presumendosi in via assoluta che l'adozione di simili strutture organizzative contenga appunto in sé *istituzionalmente* (e quindi necessariamente) una elevata probabilità di violazione del suddetto metodo.

Dalla lettura della Costituzione sembra dunque emerge con assoluta chiarezza la necessità di una risistemazione dell'intera materia, che nulla conceda alla sopravvivenza, nella legislazione ordinaria, di li-

---

([325]) GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Napoli, 1948, 137.

([326]) Su cui vedi le considerazioni di CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Dieci anni dopo 1945-1955*, Bari, 1955, 211 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

miti privi di un sicuro riferimento costituzionale e di modelli repressivi antinomici rispetto alle esigenze di un ordinamento democratico.

Se è vero, infatti, che l'ordinamento autoritario «protegge soprattutto e innanzitutto, attraverso le varie e articolate fattispecie incriminatrici, il *potere* come tale e il nucleo dei suoi detentori, escludendo a *priori* ogni ipotesi di trasformazione istituzionale e comunque di alternativa nel reggimento della cosa pubblica», mentre l'ordinamento democratico tutela essenzialmente «il *metodo* mediante cui il potere può essere acquisito ed esercitato, e le forme che ne rendono lecita la possibile trasformazione secondo i princìpi costituzionali» ([327]), appare quanto mai discutibile la pretesa di tutelare l'ordinamento democratico utilizzando i princìpi e le categorie di un diritto penale autoritario.

Princìpi e categorie penalistiche che in riferimento al reato associativo politico rivelano, nella evoluzione storica, una marcata funzionalità rispetto alla difesa di interessi politici ed economici coincidenti, in ultima analisi, con una struttura di potere di cui si assumeva ideologicamente l'intangibilità.

Così, per tornare al discorso relativo alla formazione delle *regole sul dissenso*, è possibile osservare come proprio in questa materia il ruolo dell'interpretazione giudiziaria sia stato del tutto corrispondente al modello descritto da Giuliano Amato in relazione allo Stato monoclasse liberal-autoritario: un ruolo di difesa dell'ordine costituito, e di chiusura di qualsiasi spazio per propagandare un ordine diverso. Ciò considerato, è quanto meno contradditorio rispetto ai caratteri di un ordinamento democratico — fondato sul principio della tolleranza ideologica e del rispetto delle minoranze politiche, e che non esclude affatto, ma anzi *istituzionalizza* la possibilità del cambiamento, del ricambio delle forze detentrici del potere ([328]) — la sopravvivenza di istituti e schemi concettuali forgiati secondo parametri culturali che respingono ogni possibile confronto con le ragioni del dissenso.

([327]) E. GALLO - E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 11.

([328]) FIORE, *I reati di opinione*, cit., 167.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte — herausgegeben von Helmut COING, III Bd., *das 19. Jahrhundert*, III Teilband, *Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten*, München, 1986.

Questo monumentale *opus magnum*, intorno alla cui preparazione e redazione si è costituita una delle più cospicue strutture di ricerca d'Europa nel settore delle scienze storico-giuridiche (se non proprio la più imponente), sta avviandosi alla conclusione. Ne abbiamo seguita la formazione di sulle pagine di questi *Quaderni*, recensendone il primo volume (dedicato al Medioevo) (QF, 3-4, 692 ss.), i primi due tomi del secondo volume, dedicati il primo alla scienza giuridica ed il secondo alla legislazione e alla giurisdizione dei secoli XVI-XVIII (QF, 7, 474 ss.), ed infine i primi due tomi del volume terzo, nei quali si ragionava dell'esperienza giuridica ottocentesca, e più particolarmente della legislazione di diritto privato c.d. «generale» e delle norme in materia di processo (QF, 13, 512 ss.).

Questo terzo tomo del volume terzo contiene — sempre dell'esperienza giuridica ottocentesca, al cui termine i progettatori di questo *Handbuch* hanno segnato la fine delle loro fatiche ed il confine (argomentabile insieme ed arbitrario, come tutti i confini cronologici) tra passato e presente — questo tomo contiene la descrizione delle legislazioni ottocentesche europee relative alle «materie speciali privatistiche», che è quanto dire — con altri termini, altrove più familiari — press'a poco il diritto commerciale, il diritto del lavoro e quello industriale. In questo come nei precedenti tomi e volumi, due sono i punti di riferimento non discussi, né discutibili, le idee intorno a cui tutta l'opera ha preso forma con assoluta e mai smentita coerenza. La prima è l'idea di *Handbuch*, di m a n u a l e, cioè, di grande e completissimo repertorio a cui possa sempre ed infallibilmente ricorrere chiunque abbisogni di notizie certe per impostare una sua ricerca o controllarne per via la bontà; libro, cioè, da star sempre a p o r t a t a di m a n o di chi si voglia muovere in certi campi di ricerca senza correre il rischio quotidiano di finire in qualche viottolo senz'uscita; manuale — come già si disse (QF, 3-4, 693 e 7, 475) — nel senso più alto ed impegnativo, e n o n già come l i b r o di s c u o l a, da metter nelle mani dei principianti come mezzo d'apprendimento istituzionale. La seconda idea che dà sostanza a tutta l'opera è racchiusa nel termine *Quelle* scritto nel titolo a segnarne contenuto e limiti; f o n t e, come tutti sappiamo, è parola divulgatissima, fin troppo usata dallo storico del diritto e dal giurista in genere, ma anche assai ambigua, segnata per sempre dalla sua origine retorica che ne rende impossibile la «miracolosa» trasformazione in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strumento di corretta conoscenza scientifica: se ne accorse, e ce lo insegnò autorevolmente, Riccardo Orestano.

Le «materie» trattate in questo tomo — col rigore e la completezza d'informazione che è da sempre la bandiera di quest'impresa — sono diverse. Anzitutto si ragiona di *Handels-* e di *Gesellschaftsrecht*: terminologia non consuetissima per ogni lettore europeo (ma tradizionalmente divulgata tra gli utenti di lingua tedesca, a cui queste pagine sono *in primis* destinate); ma, alla fine, quel che conta è che — come in queste dottissime pagine — l'ordine prefissato, quale che esso sia e come che esso si accordi con le tradizionali partizioni a cui può essere avvezzo l'occhio del lettore, sia poi seguito e rispettato con assoluta e rigorosa coerenza. Questa bipartizione è tenuta ferma per la Germania (pp. 2853-2968 sul *Handelsrecht* scritte da Cristoph Bergfeld; pp. 2969-3041 di Wolfgang Wagner dedicate al *Gesellschaftsrecht*), per l'Austria (ancora Bergfeld per il *Handelsrecht*, pp. 3042-3057, e Wagner per il *Gesellschaftsrecht*, pp. 3058-3083), per la Svizzera, seppur con una sfumatura di differenza tra cantoni «romanzi» (per i quali le due trattazioni son riunite) e cantoni di lingua tedesca (con le parti sempre divise con lo stesso criterio per materia tra Bergfeld — pp. 3084-3122 — e Wagner — pp. 3123-3151), per la Francia (alla cui storia hanno lavorato il nostro Antonio Padoa Schioppa per il *Handelsrecht* — pp. 3152-3187 — e Norbert Horn per il *Gesellschaftrecht* — pp. 3188-3208 —) e per l'Italia; anche se, per quest'ultima, dopo le pagine di Padoa sul *Handelsrecht* (pp. 3209-3260), Filippo Ranieri dichiara fin da principio di voler limitare il proprio contributo in materia di società ad «*eine geordnete bibliographische Einführung in das Recht und in die Gestezgebung der Handelsgesellschaften in den italienischen Staaten des 19. Jahrhunderts*» (pp. 3261-3276). È uno schema, questo, che gli autori (e, forse, più ancora, i progettatori) di questo *Handbuch* hanno ripetuto con costanza (aggiungendovi, in più, per Germania, Austria e cantoni «tedeschi» della Svizzera, la subdistinzione delle società commerciali nel fin troppo «classico» schema tripartito fra *Personalgesellschaften*, *Kapitalsgesellschaften* e *Genossenschaften*), ma non hanno poi potuto (o voluto) applicarlo anche per la storia di altre esperienze giuridiche — quelle del Belgio (pp. 3277-3395 di Ernst Holthöfer) del Lussemburgo (pp. 3396-3401 dello stesso Holthöfer, dove però è da tener conto della quasi totale dipendenza di questo ordinamento dalla storia della codificazione commercial francese), dell'Olanda (pp. 3402-3472 ancora del Holthöfer), della Spagna (pp. 3473-3493 di Karl Otto Scherner), del Portogallo (pp. 3494-3505 dello stesso Scherner), della Polonia (pp. 3506-3511 di Leslaw Pauli) e dell'Ungheria (pp. 3512-3525 di Jànos Zlinszky) — che non sono il più della storia giuridica dell'Ottocento europeo, ma non son di certo nemmeno una trascurabile frazione. La verità è, forse, che — malgrado tutte le apparenti armonie architettoniche — il sistema delle società commerciali resta un problema aperto, e proprio questo problema irrisolto rende difficile la progettazione di un *Handbuch* di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questa mole per sua natura portato — e giustamente, si badi — a non crear problemi. Si spiega che, inaugurando la trattazione della storia francese del *Gesellschaftsrecht*, Norbert Horn abbia potuto affermare che «*die Grundzüge des gesetzlichen Systems, das vorbildliche für die kontinentaleuropäische Rechtsentwiklung wurde, sind enfach und durchsichtig*» (p. 3189), e che abbia fatto poi seguire *ordentlich* l'esposizione del noto schema di società di persone e società di capitali, collettiva e accomandita da una parte e anonima dall'altra.
Ma poco prima, nella stessa pagina, si riesce con difficoltà — entro questi ben costrutti schemi — a collocare accanto alle società commerciali ma da esse distinta per ragioni che invero è un po' difficile intendere, la *association commerciale en participation* (che quasi tutti seguitano a voler collocare tra i contratti sinallagmatici e non già tra le società), sicché alla fine tutto il discorso potrebbe anche apparire un po' meno *einfach* e *durchsihtig* di quanto usualmente non sembri. La verità è che, forse, tutto il sistema delle tipicità societarie deve essere diversamente storicizzato e ricostruito a partire da *summae divisiones* differenti da quelle usualmente canonizzate, con la (ovvia) conseguenza di rimescolare tutte (o quasi) le carte sulla tavola e d'imporre non pochi né piccoli ripensamenti.

Le ulteriori parti del libro riguardano le altre materie variamente connesse col diritto dell'impresa (e che nel vocabolario, peraltro nitidissimo, dello *Handbuch* si conviene di chiamare *privatrechtliche Sondergebiete*: legittima categoria «residuale» rispetto a quelle trattate nei primi due tomi di questo terzo volume). Si ragiona della liberalizzazione delle attività economiche e dell'abolizione del sistema corporativo (pp. 3527-3633, di Harald Steindl fuorché la parte relativa all'Ungheria, ch'è di Jànos Zlinsky); del diritto del lavoro (pp. 3635-3747, di Theo Meyer-Maly fuorché le ultime due pagine, relative alla Polonia e dovute al Pauli), che è forse il capitolo tra tutti in assoluto il più nuovo nel quadro del *Privatrecht* ottocentesco (ma quanto e fino a dove davvero *privat*, nella sua classica accezione? Problema troppo grave per noi, a cui basterà qui accennare appena di sfuggita); delle regole di concorrenza (pp. 3749-3954, dovute a Siegbert Lammel); del diritto d'autore e del contratto di edizione (pp. 3955-4066, di Barbara Dölemeyer, salvo quanto scritto dallo Zlinsky a proposito dell'Ungheria); dei brevetti (pp. 4067-4213, anche queste della Dölemeyer con la solita eccezione del capitolo ungherese, affidato anche questa volta allo Zlinszky).

Questo lungo viaggio — che era partito, col primo volume, dal Medioevo — approda così al molo definitivo dell'attualità (agl'inizi di questo secolo che volge ormai alla fine, si vuol dire) pur con le cesure che ancora segnano questo *magnum opus imperfectum* (si pensa al volume II, 3, che renderà tra l'altro, con gl'indici, più pienamente fruibili anche i due perecedenti tomi di quel medesimo volume): ma essendosi già, nel frattempo, ultimato il lavoro ottocentesco con la pubblicazione dei due tomi relativi all'Europa settentrionale e ai Paesi posti a sud-est nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nostro Continente. A chi, com'è capitato a noi sulle pagine di questi Quaderni, ha seguito ed ammirato questa lunga e magistrale navigazione, non resta che apparecchiarsi a scendere a terra: «*Brundisium longae finis chartaeque viaeque est*», si direbbe.

UMBERTO SANTARELLI

Markus KNELLWOLF, *Zur Konstruktion des Kaufs auf Probe. Die Gefallensbedingung und ihr Verhältnis zur Wollensbedingung, Resolutivbedingung und Rücktrittsrecht, dargestellt nach pandektistischen Grundsätzen*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1987 (Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 57), 163 S., ISBN 3 7255 2565 X.

Da der Kauf auf Probe in der modernen Schuldrechtspraxis und in der Dogmatik keine große Rolle spielt, bleibt bei der Lektüre des Titels des zu besprechenden Werkes das Auge zunächst an den Worten "nach pandektistischen Grundsätzen" haften. Mit seiner Darstellung "nach pandektistischen Grundsätzen" will der Autor die in der Pandektenwissenschaft über die Rechtsnatur des Kaufs auf Probe geführte Diskussion, die durch den Erlaß des schweizerischen OR und des deutschen BGB abgebrochen worden ist, wieder aufnehmen und, indem er sich auf eine Ebene mit den Pandektisten begibt, auch zu Ende führen. Verf. meint vorsichtig, dieses Ende sei ein "römischrechtliches", ergebe also die richtige Interpretation der einschlägigen Texte des römischen Rechts gleichsam als Vorarbeit für eine Neuauflage von Kasers Römischem Privatrecht. Bei genauem Zusehen sieht man aber, daß der Autor mehr will als eine "historische Betrachtung des römischen Rechts". Er beabsichtigt vielmehr eine Ausschöpfung des "normativen Gehalts" der römischen Quellen mit dem Ziel der Klärung einer Grundsatzfrage der heutigen Zivilrechtsdogmatik. Damit ist die Frage aufgeworfen, warum gerade die römischen Rechtstexte zur Lösung der Frage nach dem Wesen des Kaufs auf Probe geeignet sein sollen und warum man gerade die Interpretation dieser Texte da fortsetzen muß, wo die Pandektisten sie beendet haben. Die Antwort ist, daß diese beiden Bereiche von Quellen den Erfahrungshorizont bilden, vor dem die Kodifikationen des schweizerischen Obligationenrechts und des deutschen BGB den Kauf auf Probe geregelt haben, ohne, wie Knellwolf kritisiert, die Frage nach dem Wesen gelöst zu haben. Damit holt Knellwolf eigentlich nur nach, was den Gesetzgeber seinerzeit unterlassen hat.

Das Ergebnis ist folgendes: Der Kauf auf Probe tritt in zwei Spielarten auf, als suspensiv bedingter Kauf und als resolutiv bedingter Kauf. Die Zulässigkeit des lezteren begegnet keinen grundsätzlichen Bedenken. Dabei besteht lediglich die Schwierigkeit einer sauberen Abgrenzung dieses Instituts von den verwandten Erscheinungen des

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rücktrittsrechts und der Kündigung. Der Erörterung dieser Dinge ist der weitaus weniger gewichtige zweite Teil der Arbeit gewidmet. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt auf dem ersten Teil, in dem Verf. die Prinzipien eines suspensiv bedingten Kaufs auf Probe diskutiert. Rechtsethisches Hauptproblem ist die für Verf. ohne jeden Zweifel feststehende Unzulässigkeit einer reinen Wollensbedingung sowohl im römischen Recht als in jeder rationalen Rechtsordnung überhaupt. Ich kann nicht etwas versprechen unter der Bedingung, "daß ich es will". Die Frage ist nun, ob sich die Gefallensbedingung beim Kaufvertrag prinzipiell aus sachlichen Gründen und nicht nur als schlecht begründbare Ausnahme von der unzulässigen Wollensbedingung unterscheiden läßt, so daß die Rechtsordnung einen Kaufvertrag unter einer Gefallensbedingung zulassen kann. Dagegen spricht auf den ersten Blick, daß die Gefallensbedingung in der Sache bedeutet, daß der Käufer sagen kann, der Kaufvertrag sei wirksam unter der Bedingung, daß er ihn wolle. Das kleidet der Käufer lediglich in die Worte des nicht überprüfbaren Urteils, ihm gefalle die Sache (oder auch nicht).

Aber gerade an diesem Punkte setzt Knellwolf an und weist nach, daß die Bedingung des Gefallens doch in sachlich zu beurteilender Weise von einer reinen Wollensbedingung unterschieden werden kann und somit zulässig ist. Den Übergang bilden in seinen Augen die Vereinbarung einer Konventionalstrafe, die die Erfüllung des Vertrages ja auch in das Belieben des Versprechenden setzt und die zweifellos zulässige Potestativbedingung "si Capitolium non ascenderis" (ich verspreche zu leisten, falls ich nicht aufs Kapitol steige). Von da aus ist es nur noch ein kleiner aber entscheidender Schritt zu der Zulässigkeit der "extrem potestativen" Bedingung "si placuissent" (wenn sie mir gefallen).

Das maßgebende Unterscheidungskriterium sieht Knellwolf in dem durch Auslegung zu ermittelnden Geschäftswillen des Käufers. Wenn also die Auslegung des Geschäftswillens des Käufers beim Kauf auf Probe einen bindenden Geschäftswillen ergibt, ist eine zulässige Gefallensbedingung anzunehmen. Wenn ein bindender Kauf auf Probe wirklich gewollt ist, ist er auch zulässig. Als Kriterium für den Bindungswillen will Verf. werten, mit welcher Genauigkeit die Einzelheiten der Vertragsabwicklung bereits festgelegt worden sind und ob etwa eine Frist vereinbart worden ist, innerhalb derer das Gefallen erklärt werden muß (84).

Für diese Lösung beruft sich Knellwolf in erster Linie auf Dernburg (Pandekten, § 108, Note 5). Der in der Pandektenwissenschaft gegen Ende des 19. Jahrhunderts herrschenden Meinung entsprach dieses Lösung allerdings nicht. Diese wurde vielmehr von Windscheid angeführt, der erst der Erklärung des Gefallens die entscheidende rechtsgeschäftliche Bedeutung beilegen wollte (68). Aber das hindert Knellwolf nicht, da er ja keineswegs der Pandektisten darstellen will, sondern das römische Recht nach pandektistischen Grundsätzen erläutern will. Wichtiger als Windscheid ist also die Tatsache, daß recht betrachtet die von Knellwolf erarbeitete Auffassung

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

der Institutionen-Stelle 3.23.4 zugrundegelegen haben muß, und daß auch Dig. 19.5.20 pr. und 1 Ausdruck des gleichen Prinzips sind.

In der Rückschau auf seine Deduktion meint Knellwolf: "Was man gefühlsmäßig erahnt, läßt sich dogmatisch durchaus befriedigend begründen" (86). Damit vollendet er den Gedanken Dernburgs, der im Grunde nur unter Appell an die bessere Einsicht des Lesers gesagt hatte, man habe einfach verschiedene Intentionen und werde auch im Verkehr verschieden verstanden, je nachdem ob man sage "si volam" oder "si Stichus mihi placuerit" (§ 108 Note 5).

In der Sache ist dieses Ergebnis höchst überzeugend. Knellwolf versäumt es aber, seine Methode näher zu erläutern und zu rechtfertigen. Das ist angesichts der lebhaften Diskussion über die Verwertung der Rechtsgeschichte für die moderne Dogmatik kaum entschuldbar. Denn Verf. folgt ja keineswegs einer inzwischen bewährten Methode, sondern betritt methodisches Neuland, weil er nicht ermittelt, was sich der Gesetzgeber gedacht hat, sondern was er sich hätte sinnvollerweise denken sollen und auch angesichts der Quellen des römischen Rechts hätte denken können. Das führt im Falle des Kaufs auf Probe zu einer sehr verwickelten Konstellation:

Knellwolfs Konstruktion rechtfertigt die vom Gesetzgeber des schweizerischen Obligationenrechts und des deutschen BGB kodifizierte Regelung eines durch eine Gefallensbedingung aufschiebend bedingten Kaufs, im wesentlichen mit Hilfe der Regeln des antiken römischen Rechts, das in gewisser Weise ewige Wahrheiten offenbart und auch heute noch normativ verwertbar ist.

Die Gesetzgeber selbst hatten aber keinesfalls die Absicht, die Regelung des römischen Rechts in die Kodifikation zu übernehmen, sondern wollten sich — in dieser Frage des Kaufs auf Probe — vom römischen Recht lösen. Der Widerspruch löst sich, wenn man sich klar macht, daß die Gesetzgeber bezüglich des Inhalts des römischen Rechts anderer Ansicht waren als Knellwolf. Die Gesetzgeber hielten nämlich das, was die herrschende Lehre in der Pandektenwissenschaft lehrte, für den Inhalt des römischen Rechts. Und davon wollten sie sich frei machen, nicht weil es römisch war, sondern weil es aus sachlichen Gründen nicht sinnvoll erschien.

Wenn dies so ist, ist es aber doch sehr fraglich, ob wirklich die Regelung des BGB und des OR dadurch höhere Dignität gewinnt, daß jetzt Knellwolf nachweist, daß sie in Wirklichkeit dem recht interpretierten römischen Recht entspricht, welches bedauerlicherweise von den Pandektisten falsch verstanden worden war, so daß die Gesetzgeber gerade das Richtige taten, wenn sie sich von der Pandektenwissenschaft lösten und dem Prinzip den Vorzug gaben, das jetzt Knellwolf als den wahren Gehalt des römischen Rechts nachgewiesen hat.

Bei der Bewertung von Knellwolfs Argumentationsmethode und auch Ergebnis ist jedoch zusätzlich zu berücksichtigen, daß andere Autoren die Lösung des BGB kritisiert und dabei in der Sache, wenn auch nicht der Begründung nach, eine Wiederherstellung der in der

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pandektenwissenschaft herrschenden Lehre Windscheids gefordert haben.

Larenz referiert, daß nach § 495 Abs. 1 Satz 2 BGB der Kauf auf Probe ein "unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung" geschlossener Kaufvertrag ist (123). Dazu stellt Larenz lapidar fest: "Die Denkform eines 'aufschiebend bedingten Kaufs' ... wird der wirklichen Sachlage indessen nicht gerecht". Mit diesem Urteil "nicht sachgerecht" ist für Larenz die Interpretation des Gesetzes erledigt. Und er beginnt, einen Kauf auf Probe zu konstruieren, in dem erst die Billigung des Käufers die eigentliche rechtsgeschäftliche Willenserklärung darstellt. Warum die sachgerechte Konstruktion stärker ist als der Wortlaut des Gesetzes, bleibt bei Larenz offen und mag dahinstehen. Seine eigene Methodenlehre läßt ihn hier offensichtlich im Stich. Für die Bewertung von Knellwolfs Versuch, mit Hilfe der Historie Licht in das Wesen des Kaufs auf Probe zu bringen, ist es aber doch bemerkenswert, daß Larenz' Argumentation in der Sache gerade zu der Betrachtungsweise führt, die unter Führung Windscheids in der Pandektenwissenschaft herrschende Lehre war und von der das BGB für Larenz ohne wohlüberlegten Grund abgewichen ist. Im Grunde hätte sich also auch Larenz für seinen Lösungsvorschlag auf die Geschichte berufen können. Es hätte sich dann um das Argument der Wiederherstellung der historischen Kontinuität gegen die Mißverständnisse und Fehlgriffe des Gesetzgebers gehandelt.

So steht wieder einmal bei einer historischen Beweisführung zur Lösung einer modernrechtlichen dogmatischen Frage Pandektenwissenschaft contra reines römisches Recht. Deswegen versagt nach meinem Dafürhalten der Rückgriff auf die Geschichte. In der Geschichte lassen sich die verschiedensten Vorbilder finden, die alle gleiche Wertigkeit haben. Knellwolf entscheidet sich für das justinianische Recht und gegen das Pandektenrecht, weil das, was er aus dem justinianischen Recht herausliest, in seiner Sicht besser geeignet ist, seine Frage "nach Begriff, Wesen und Arten dieser Rechtsfigur, ... wie diese widerspruchsfrei durch allgemeine Rechtsgrundsätze zu konstruieren sei", zu beantworten (3). Nach allem bleibt aber das Bedenken, daß Knellwolf dem römischen Recht zu viel "normativen Gehalt" (2) beigemessen und das Pandektenrecht nicht genügend in seinem historischen Eigenwert hat gelten lassen, sondern sich kräftig in die Diskussion der Pandektisten eingemischt hat. Was bleibt, ist, daß die Geschichte ein Arsenal von Argumenten geliefert hat, aus dem sich Knellwolf für seine dogmatische Begründung bedient hat.

Die Auswertung von Geschichte als Schatzhaus für Argumente ist natürlich nicht nur zulässig, sondern auch allgemein üblich. Wenn man aber sieht, zu welchen Verwicklungen diese Methode im Falle des Kaufs auf Probe führen kann, bekommt man doch gewisse Bedenken an ihrer Rationalität.

KLAUS LUIG

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*, Introduzione di Francesco PERFETTI, Bonacci editore, 1987.

Panunzio non è certo un personaggio sconosciuto per chi si occupi delle vicende politiche italiane nel periodo, così denso e complesso, che va dalla crisi del giolittismo, alla rottura epocale indotta dalla guerra, al drastico mutamento del clima politico e del regime politico-costituzionale, fino alla caduta del fascismo. Sindacalista rivoluzionario, ancora giovanissimo, nei primi anni della sua attività pubblica, vive intensamente la congiuntura bellica, contribuisce all'"invenzione' del sindacalismo nazionale, approda al fascismo, collabora attivamente alla costruzione del nuovo regime, occupando, nel variegato dibattito politico-giuridico che lo attraversa, una posizione originale e non secondaria. Dell'interesse della singolare parabola panunziana la storiografia si è già accorta, in più occasioni: narrare l'uno o l'altro episodio della vita di Panunzio significa entrare in contatto, e spesso attraverso una via di accesso privilegiata, con nodi delicati della storia italiana. Si pensi al rapporto significativo che Panunzio intrattiene con Mussolini nel periodo dell'Intervento; si pensi al nesso, inquietante e problematico, fra sindacalismo e fascismo e quindi al problema delle origini del fascismo; si pensi infine al delinearsi di una ideologia corporativistica con le sue varie componenti costitutive.

Di questi tre momenti-chiave della biografia panunziana, comunque, è forse proprio l'ultimo il più meritevole tuttora di attenzione: sia perché più trascurato dalla storiografia meno recente, sia perché è pur sempre intorno al corporativismo, e alla sua immanente idea di Stato e società, che verte la più matura e meditata riflessione teorico-giuridica panunziana.

L'antologia che Francesco Perfetti ci propone, dunque, risulta da questo punto di vista particolarmente utile: essa infatti mette a disposizione del lettore i principali scritti giuridici del Panunzio 'post-sindacalista', a partire dal saggio *Stato e sindacati*, del 1922, fino a *I principi generali del diritto fascista*, del 1940. Alla silloge dei testi panunziani, inoltre, il curatore premette una lunga introduzione (pp. 7-133), che è in realtà un saggio organico e meditato sull'intero arco della biografia del nostro autore. Grazie ad una accurata documentazione archivistica, Perfetti ci permette di seguire la parabola panunziana in tutti i suoi aspetti, di ricostruire la fitta rete di relazioni che Panunzio intrattiene tanto con uomini politici che con intellettuali, di cogliere le occasioni prossime e il senso complessivo delle modificazioni, non sempre immediatamente decifrabili, del suo pensiero e della sua posizione politica.

Non è possibile, nell'economia di una recensione, rileggere con la necessaria attenzione analitica i saggi che l'antologia ci viene proponendo. Mi permetterò solo alcuni rapidi richiami che valgano come semplice invito alla lettura (o rilettura) degli scritti del giurista pugliese.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1) Il problema di uno "Stato dei sindacati". Vi è dedicato il saggio di apertura dell'antologia: una scritto, pubblicato nel '23, che compendia e rende visibili, con particolare evidenza, molti dei luoghi argomentativi più ricorrenti nella cultura politico-giuridica dell'immediato dopoguerra; fra questi, innanzitutto, la crisi dello Stato: la sensazione, singolarmente diffusa all'epoca, di un improvviso vuoto di autorità, di un mutamento disordinato ed imprevedibile, e proprio per questo minaccioso e potenzialmente 'regressivo'; e di qui la ricorrente evocazione del 'medioevo' come dell'oscuro disordine nel quale la società italiana, non più sorretta e ordinata dalla solida armatura statuale, sembra precipitare. Panunzio non si discosta troppo dall'immaginario più condiviso; anche la sua argomentazione procede sulla base di antitesi consuete: lo Stato liberale è al collasso perché insidiato dalla nuova, ribollente realtà dei sindacati, l'era dell'individualismo si chiude di fronte alla nuova centralità dei gruppi sociali. Diverso, certo, è, nel Panunzio ancora memore della propria stagione sindacalistica, lo schema valutativo che egli sottende alla immagine diffusa (non l'irrompere della barbarie, ma l'emergere di nuove forze, non decadenza, ma rinascita), ma non è più questo ormai il principale punto di equilibrio delle argomentazioni panunziane: è piuttosto una risorgente istanza di 'autorità', che può, che deve realizzarsi in uno Stato 'nuovo', in uno Stato che si propone come punto di convergenza, e di sintesi suprema, dei gruppi sociali, momento di ordinamento, ma non di appiattimento, della pluralità sociale.

Non è facile districare i diversi livelli ai quali opera la proposta teorico-politica panunziana. A un primo livello essa appare semplicemente come un abile schema di legittimazione ideologica della prassi politica (e delle connesse esigenze di conseguimento del consenso) propria del fascismo in quel particolare tornante dalla sua storia. Ad un secondo livello di lettura, l'argomentazione del testo appare tutt'altro che estemporanea e provvisoria, ma sembra al contrario affondare le sue radici in una tradizione disciplinare (giuspubblicistica, in senso ampio), della quale condivide in gran parte strumenti ed aporie: dalla centralità del rapporto Stato-società, al problema della rappresentazione del sociale, alla insostituibilità del momento autoritativo-statuale.

Da un altro punto di vista, poi, non appena connettiamo il discorso di Panunzio con il *continuum* dei numerosissimi testi che, a partire dai primi anni Venti, vengono a costituire quella nebulosa che possiamo chiamare, per intenderci, corporativistica, esso sembra iscriversi senz'altro nella schiera (dominante) dei contributi che mettono a punto schemi di rappresentazione del politico la cui 'separatezza' rispetto all'assetto istituzionale del regime risulterà crescente ed incolmabile. Nello stesso tempo però, mentre la organizzazione corporativistica avrà sempre meno a che fare con il progetto 'statual-sindacalistico' di Panunzio, lo schema teorico-giuridico illustrato dal nostro giurista nel '23 costituirà un preciso punto di riferimento e configurerà una posizione originale nel dibattito, acceso e non formale (quindi anche certamente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'pragmatico', politico), che si svolgerà entro il regime fascista in tutto l'arco della sua esistenza.

2) Se comunque la proposta statual-sindacalistica costituisce l'apporto ideologico più noto del Panunzio degli anni Venti-Trenta, il contrassegno della sua posizione nel dibattito corporativistico, essa non dà conto da sola del contributo del nostro autore alla cultura giuridica del periodo, ma costituisce piuttosto il quadro di fondo entro il quale prendono corpo riflessioni indubbiamente innovative ed originali nei confronti della tradizione giuspubblicistica italiana.

Si pensi ad alcuni spunti contenuti nel saggio *Leggi costituzionali del regime*, del 1932. Si pensi ad esempio al ruolo particolare che viene ad assumere certa tralatizia polemica antiformalistica nella domanda intorno alla quale il nostro autore riflette: come procedere cioè non tanto per ricostruire l'una o l'altra legge che si ritenga di valore 'costituzionale', quanto per attingere, attraverso le leggi, oltre le leggi, quella totalità che è la Costituzione; ed ecco allora la necessità di rivolgersi alla prassi, alla consuetudine, quindi ai principi generali, al diritto non scritto, soprattutto alla "dottrina politica", senza la quale non solo la attività di governo, ma appunto il complessivo impianto costituzionale diviene incomprensibile (pp. 220 ss.).

Il quadro di riferimento nel quale le argomentazioni impiegate si inseriscono rinvia, di nuovo, ad una convinzione diffusa e addirittura scontata nella giuspubblicistica sensibilizzata dalla ideologia 'militante' del fascismo: la necessità del superamento del formalismo giusliberale (orlandiano), della coniugazione di diritto e politica, di scienza giuridica e di ideologia (fascista). L'interesse delle pagine panunziane è dato però dall'impiego particolare al quale uno dei 'luoghi' celebri della giuspubblicistica del fascismo viene destinato: innanzitutto, il reperimento di un livello costituzionale dell'esperienza socio-giuridica, che superi la tradizionale rappresentazione del nesso Stato-società; in secondo luogo, e non senza connessioni con il precedente problema, un'analisi approfondita della funzione di governo come funzione autonoma (e in qualche modo centrale) dello Stato.

Panunzio non resterà isolato nell'affrontare una siffatta problematica. Al tema del governo, soprattutto, la giuspubblicistica degli anni Trenta si mostrerà particolarmente sensibile. Fra i vari autori, Panunzio stesso vorrà menzionare "un giovane scrittore", che egli intende "additare... al pubblico degli studiosi", come l'autore di una ripresa e di un brillante sviluppo delle proprio tesi: Costantino Mortati (pp. 232-233). E non è un caso che proprio Mortati, lavorando, sul finire degli anni Trenta, sul concetto della costituzione materiale, raccolga non poco della problematica costituzionalistica maturata negli anni immediatamente precedenti, la sollevi ad una ben diversa altezza di sintesi (oltre le contingenze immediatamente politiche della sua origine) e come tale la proponga come soluzione convincente alla giuspubblicistica del secondo dopoguerra.

PIETRO COSTA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates, hrsg. von Roman SCHNUR, Duncker u. Humblot, Berlin, 1986, pp. 880.

Delle moltissime cose che dovrebbero essere dette del volume curato con tanta consapevole passione da Roman Schnur — a poche soltanto potremo purtroppo far cenno, confidando che ciò sia sufficiente a suscitare la più che partecipe curiosità dei lettori —, una merita senza dubbio la pagina d'apertura: siamo qui di fronte al caso, invero assai raro, nel quale il "documento" tende a farsi immediatamente "monumento". Di alcuni dei sensi nei quali ciò accade cercheremo ora di dare conto. Anzitutto gli atti in questione rappresentano il "coronamento" di una tra le più incisive collane della casa editrice berlinese in tema di *Neuzeit*: dal volume del 1969 edito insieme a Reinhart Koselleck sulle "Hobbes-Forschungen" a quello del 1975 sulla "ragion di stato" (*Staatsräson. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs*); dalla raccolta di studi su Lorenz von Stein, che comunque, come già indicato dal titolo, ambiva ad offrire materiali ricostruttivi più ampi su di un tema centrale quale quello della individuazione moderno-liberale della dialettica tra stato e società civile (*Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*, Berlin, 1978) al volume, pur apparso presso diverso editore, ma in certo modo rientrante a pieno titolo nel "programma" implicito di organizzazione di quella cerchia internazionale di studiosi, di quella sorta di *invisibile university* (Grzegorz Leopold Seidler di Lublino così interpretando in modo "autentico" l'impostazione del medesimo Schnur: cfr. R. Schnur, *Vorwort*, p. 6.; d'ora in poi le pagine citate in parentesi, ove non altrimenti precisato si riferiranno al volume recensito) di cui anche quest'ultima intrapresa vuol essere pietra da costruzione — per non dire quasi da "fortificazione militare" ("das war wohl die am besten passende Form für ergiebiege Forschung in den Geisteswissenschaften: *An der Front* der Forschung, *als Avantgarde*, die Kenner; wirksam unterstütz durch eine "*Logistik*"... ", p. 7), con una inflessione schmittianamente 'ambigua' quanto suggestiva —; al volume, dicevamo, dedicato a "Jean Bodin" (München, Beck, 1973, hrsg. H. Denzer) alla cui elaborazione si era iniziato ad attendere durante la permanenza del nostro alla Ruhr-Universität di Bochum sinché non sopraggiunse la sua significativa partenza per la prestigiosa Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer; per finire al progetto, poi non interamente realizzato, di un incontro internazionale a Tubinga nel 1980 sul tema, altrettanto centrale per l'indirizzo qui esaminato, e "speculare" rispetto a quello dello stato "moderno", della "guerra civile europea" ("Bürgerkriege im Europa der Neuzeit"), sia sotto il profilo storiografico che teorico: progetto del quale sintomaticamente è "residuato" un *working paper* del curatore, adesso accessibile anche in traduzione italiana (R. Schnur, *Zur Theorie des Bürgerkrieges*, in Id., *Revolution und Weltbürgerkrieg. Studien zur Ouverture nach 1789*, Berlin, 1983, Duncker u. Humblot; la raccolta è apparsa in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

italiano per cura di Pierpaolo Portinaro col titolo "Rivoluzione e guerra civile" nella collana *Arcana imperii* diretta da G. Miglio).

Ma questa *Tagung* tubingense sul ruolo dei giuristi nel processo di nascita e formazione dello stato moderno, tenutasi dal 23 al 26 settembre 1980, proprio perché giunse al volume con un ritardo notevole rispetto ai tempi medi di tali intraprese — anche per le difficoltà dovute al "disinteresse della c.d. opinione pubblica" (p. 7) per le problematiche del lavoro scientifico: un'opinione pubblica che andrebbe in realtà identificata nella (si badi al tenore "rovesciato" della formulazione, e non si pensi a vicende di finanziamento per la stampa puramente interne al sistema tedesco; il caso della nostra Accademia della Crusca dovrebbe pur farci avvertiti di un futuro non meramente eventuale) "Bereitschaft der Politiker, der *Forschung* keinen ausreichenden Spielraum zu lassen" (p. 6) — acquisisce una sua, appunto "monumentale", singolarità anche temporale.

Di regola, anche o forse soprattutto per gli intervenuti *e* "comunicanti", un convegno esaurisce come tale la sua potenzialità nel breve periodo, e non può divenire la sede nella quale il tempo che trascorre venga tematizzato nella sua dimensione di irrepetibilità storica (o di partecipazione di quel presente alla storia), neppur ove si tratti di incontri tra storici. La "memorabilità" rimane esclusa dalle sempre possibili "riaperture" degli atti, o ripetizioni degli incontri, sia pure con formule leggermente, o profondamente, variate: andrebbe forse analizzata la "convegnistica" nella sua capacità di dar luogo ad un genere letterario con uno stile peculiare, diciamo, per comodità dell'intendersi, agli antipodi di quello c.d. "alto" della monografia. Ma ecco che il lungo lasso di tempo fa irrompere, nel quadro talora rassicurante della testimonianza scritta di una "partecipazione" allora consegnata all'*oralità* (anche sul rapporto tra quest'ultima e l'*attuale* circuito della produzione dei discorsi scientifico-giuridici varrebbe la pena di riflettere), il carattere funebre del monumento, la serietà di un tempo definitivamente trascorso e di assenze immedicabili. E così il volume diviene la sede del ricordo per i professori David S. Berkowitz del Dept. of History della Brandeis University di Waltham, Mass./ USA (del quale restano a testimonianza gli interventi in discussione, spec. p. 534 ss., non essendogli stata data la possibilità di riprendere in mano e ridurre la sua relazione assommante a più di 110 pagine); György Bónis di Budapest, il quale invece (riferendosi anche a suoi precedenti studi in particolare in IRMAE V, 10) ha ancora potuto far pervenire un interressante seppur sintetico quadro sull'attività giuridica in Ungheria all'autunno del medioevo (*Ungarische Juristen am Ausgang des Mittelalters*, pp. 65-75), in un paese, cioè, per tutto quel periodo "senza università"; ed infine per la figura forse più nota ai giuristi italiani, il professor Ulrich Scheuner della facoltà di giurisprudenza di Bonn: il lavoro da lui corretto in bozze in ospedale e relativo alle "Forme statali non monarchiche della dottrina politica e giuridica dei secoli sedicesimo e diciassettesimo in Germania" (pp. 737-773) rimane forse l'ultimo atto della sua vita scientifica e,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con la sua coltissima analisi dei vari filoni dell'idea dello *status mixtus* e delle immagini di un potere "limitato" nello *Jus publicum* dell'epoca, uno dei contributi meglio incentrati sulla tematica di fondo del convegno, pur affrontata "lateralmente" prendendo le mosse da un ramo minoritario (appunto non-monarchico), che legittima comunque la domanda — di difficile risposta secondo lo stesso Scheuner ("I would say, they are both of it" p. 845) — proposta da M. Stolleis, se si tratti, nel permanere della discussione sulle forme repubblicane, di un puro residuo della tradizione aristotelica a carattere prevalentemente retorico-letterario, od invece di un concreto e "moderno" intento politico (p. 823).

Nel trapasso alle considerazioni che ci conducono alla valutazione del terzo e più importante aspetto della monumentalità di cui si accennava, andrà rilevato come in effetti, benché non possa dirsi che la scelta del tema generale sotto cui rubricare i molteplici interventi configuri in quanto tale una assoluta novità, l'averla invece operata nella consapevole aspirazione a farla assurgere ad *Hauptthema*, a tema non solo ineludibile, ma "assiale" del discorso sullo stato ("moderno") rappresenta senz'altro il momento "forte" del ruolo del curatore e promotore dei lavori. È vero però che il più manifesto limite delle ricerche sinora messe in moto in tal direzione era costituito dal fatto che il ruolo svolto dai giuristi in tale processo di "secolarizzazione-modernizzazione" veniva valutato a partire dalla prospettiva "odierna" e tendenzialmente non-interdisciplinare della specializzazione delle competenze storiografiche e critiche: la specializzazione della ricerca si ritraduceva allora in una specializzazione dell'immagine storica del giurista delle epoche analizzate e del suo ruolo, che — a voler lasciar per un attimo da canto le implicazioni metodiche (rapporto realtà storica-interpretazione) —, poteva apparire "lontana dalla realtà storica" del quadro "professionale" della prima età moderna.

Di qui l'esigenza — che rappresenta certo solo una tappa verso l'ipotesi che il (ogni) singolo ricercatore sia in grado di lavorare *interdisciplinarmente* — che all'incontro fossero presenti esponenti delle discipline storiche, politologiche, giuridiche, filosofiche e umanistico-letterarie in senso lato perché si scambiassero esperienze e presentassero lo "stato" delle rispettive materie.

Da qui inoltre il respiro internazionale del quadro e, nell'ambito europeo, il bisogno di allargare lo sguardo a paesi ed esperienze non sempre frequentatissime: oltre al già richiamato articolo sui giuristi ungheresi, possono qui citarsi i contributi di K. Sójka-Zielińska di Varsavia su *Le rôle des juristes dans le mouvement de la codification du droit en Pologne à l'époque de la Renaissance,* pp. 191-203 e di Jan Malarczyk dell'università di Lublino su *Jean Zamoyski (1542-1605) et la création de l'Etat moderne en Pologne*, pp. 205-227, laddove certo emerge in modo piuttosto chiaro il problema di un modello plausibile di stato moderno, quando ad esempio si viene a parlare di "République Royale" (con G.L. Seidler) o a definire il regime polacco sia come "Ré-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

publique Nobiliaire" o, ancora, "démocratie nobiliaire" se non persino "monarchia costituzionale" (con P. Skwarczyński; cfr. p. 215 ss.). E sicuramente anche il riferirsi al celebre "Discours à Henri de Valois" del 1573 (discorso da J. Zamoyski non pronunciato ma inserito tra i documenti della legazione polacca) o al rifiuto possibile di obbedienza da parte della nobiltà ("articulus de non praestanda oboedientia") definendo quest'ultima come "una forma *moderna* di diritto di resistenza, conosciuta *nel medioevo*" (p. 216), nel quadro di un'analisi storico-filologica che dia per scontato il problema-referente "stato moderno" per recuperarlo in sede di conclusioni quale comun denominatore non indagato nei suoi risvolti teorici, non può apparire procedimento scevro da perplessità. Ma a questo proposito si inizia a toccare, a nostro sommesso avviso, un punto nevralgico di tale intrapresa nella sua globalità.

Questo punto non concerne soltanto l'eterogeneità delle prospettive, temporali e/o d'approccio, prescelte. In questo senso certamente un linguaggio comune è parlato dai "filosofi" o da coloro che di filosofi hanno avuto da occuparsi (ad es.: B. Willms, *Kontingenz und Konkretion. W. von Ockham als Wegbereiter des neuzeitlichen Rechts-und Staatsdenkens,* pp. 13-50; R. Polin, *Droit et Politique. Les Contrats sociaux du Contrat social chez Jean-Jacques Rousseau,* pp. 381-395; G. Chanavat, *Bacon, Jurist et l'Art du Governement,* pp. 437-453; J. Chanteur, *Le Fondement de l'Etat et les Régimes Politiques selon Thomas Hobbes,* pp. 445-471; M. Villey, *"Contrat-Obligation-Société". Du langage juridique romain au langage juridique moderne,* pp. 51-64), anche se talora il nesso con i giuristi rimane labilissimo o del tutto non indagato; oppure, nel caso lo si tenti, si assiste in sede di discussione a contrapposizioni (che verrebbe fatto di definire non già interdisciplinari, ma "contradisciplinari") non dovute soltanto a diversità di provenienza culturale nazionale (e non del tutto tale è quella che oppone Greenleaf a Villey: "Professor Villey sees civil lawyers everywhere and always gives them the best lines. But so far as England is concerned this is a very misleading thing to do.... I defer, of course, to Professor Villey's view and understanding of the Roman law; but as to his understanding of the English scene, in respect of the common law and of Hobbes, it seems to me utterly misleading", p. 175), ma altresì alla questione su accennata dei modelli (così Hammerstein in contrapposizione alle sottolineature "individualistiche" di Ockham operate da Willms, afferma non essere reperibile nell'occamismo o nominalismo che dir si voglia alcuna reale via d'accesso a ciò che può essere designato come "modernes Rechtsdenken, modernere Rechtsvorstellungen", p. 174: per inciso nessuno dei due sembra far le mostre di conoscere la letteratura italiana sul tema, che perlomeno si segnala per l'estensione dell'analisi a tematiche specificatamente giuridiche, cfr. G. Tarello, *Profili giuridici della questione della povertà nel francescanismo prima di Ockham,* in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova,* III, 1964 e P. Grossi, *Usus Facti. La nozione della proprietà nella inaugurazione dell'età nuova,* in *Quaderni fio-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rentini per la storia del pensiero giuridico moderno, I, 1972, pp. 287-355).

Altrettanta comunanza di linguaggi si riscontra tra coloro che da storico-giuristi o storici costituzionali o storici tout court si occupano, seppur con differenti centri d'interesse, di storia dello jus publicum in senso lato: D. Willoweit, C. Link, W. Brauneder, A. Kohler, N. Hammerstein, H. Höpfl; una particolare menzione che ,dato lo spazio a disposizione, non vuol significare affatto svalutazione degli altri contributi, ma solo segnalare la peculiarità dell'approccio, meritano G. Heiss, *Argumentation für Glauben und Recht. Zur rhetorisch-juridischen Ausbildung des Adels an den protestantischen "Landschaftsschulen" in den nieder-und innerösterreichischen Ländern vor dem Dreissigjährigen Krieg,* pp. 675-686, A. Mazzacane, *Rechtswissenschaft und Ideologie in Venedig. Erwerbung der "Terraferma" und Wandlungen des Staats,* pp. 149-167, D. Stievermann, *Die gelehrten Juristen der Herrschaft Württemberg im 15. Jh. Mit besonderer Berücksichtigung der Kleriker-Juristen in der ersten Jahrhunderthälfte und ihre Bedeutung für das landesherrliche Kirchenregiment,* pp. 229-271, E. Isenmann, *Reichsrecht und Reichverfassung in Konsilien reichstädtischer Juristen (15.-17.Jahrhundert),* pp. 545-628.

E tuttavia il problema può esser ben colto anche sul piano dei risultati storiografici laddove emerga per così dire chiaramente alla coscienza riflessa. È allora Michael Stolleis che lo pone esattamente nell'ambito di una preziosa ricerca sui fondamenti dell'etica burocratica (*Grundzüge der Beamtenethik 1550-1650*, pp. 273- 302), basata su di una ampia conoscenza delle fonti, laddove viene a rimettere in questione sulla scorta dei dati raccolti la tesi apparentemente convincente di Max Weber (il nome che con quello di Carl Schmitt presiede al quadro teorico complessivo del volume) secondo la quale doveva ammettersi che "überall die Revolutionierung des politischen Betriebs im Sinne der Entwicklung zum rationalen Staat von geschulten Juristen getragen wurde" (*Wirtschaft und Gesellschaft,* 1972[5], p. 828): tale monopolio dei giuristi non è constatabile nel campo da Stolleis indagato nè per il 16. nè per il 17. secolo.

A partire da questa inversione di tendenza della *Fragestellung* "tradizionale" della modernizzazione e dalle risultanze di quella che ci pare forse la sezione complessivamente più stimolante dell'intero volume, la quarta per quella parte che è affidata agli studiosi anglosassoni (K. R. Minogue, *Treason and the Early Modern State: Scenes from a Mesalliance,* pp. 421-435; Lois G. Schwoerer, *The Role of Lawyers in the Revolution of 1688-89,* pp. 473-493; W.H. Greenleaf, *Blackstone and the Office of Government,* pp. 499-520), si tratterà forse allora di riproblematizzare da capo la nozione di "moderno" applicata al concetto di stato, nonché il nesso "stato moderno" - ceto dei giuristi (cfr. per alcune indicazioni P. Schiera, voce *Stato,* in G. Zaccaria, a cura di, *Lessico della politica*, Roma, 1987, pp. 623-631 e M. Fioravanti, voce *Sta-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, in corso di stampa), facendo magari nostra la "instancia jubilatoria" di quella nozione avanzata con indubbia forza provocatoria da Bartolomé Clavero (*Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986, p. 20 ss.).

Oppure di essere consapevoli con il Blackstone di Greenleaf che tale stato cosidetto moderno ci appare come se "we inherit an old Gothic castle, erected in the days of chivalry, but fitted up for a modern inhabitant. The moated ramparts, the embattled towers, and the trophied halls, are magnificent and venerable, but useless. The inferior compartments, now converted into rooms of convenience, are chearful and commodious, tho' their approaches are winding and difficult" (p. 520).

Ma prima di concludere la segnalazione di quello che potrebbe appunto diventare l'ultimo monumento della "fede" nella categoria storiografica di stato moderno, non possiamo fare a meno di accennare ad un *dulcis in fundo*: ovvero all'appendice del volume che comprende un vero gioiello, anche sotto il profilo stilistico, e forse il saggio in assoluto più interessante. Era giusto, anzi necessario, che fosse dovuto alla penna schmittiana di Roman Schnur e che il suo titolo fosse "Moderner Staat, moderne Dichtung und die Juristen" (pp. 851-878). Un'analisi che giunge alle soglie del 1600 e che finalmente pone una questione che non è solo storica, ma potrebbe diventare anche di grande rilievo teorico-dogmatico; la questione del rapporto esistente tra giurisprudenza e dire letterario e artistico. Nel nome di Andreas Gryphius, Schmitt e Benjamin si ridanno idealmente la mano: e artefice dell'incontro rinnovato è Roman Schnur.

PAOLO CAPPELLINI

Steven ROWAN, *Ulrich Zasius. A Jurist in the German Renaissance 1461-1535* (Ius Commune, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte; Sonderhefte, Studien zur Europäische Rechtsgeschichte, 31), Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1987.

In the crucial age of the Reception of Roman law and the Reformation of the Roman Church, Ulrich Zasius was a self-made scholar who became, as Rowan puts it, "a founding father of the German legal profession." Within the legal tradition more broadly speaking, Zasius was a member, with Guillaume Budé and Andrea Alciato, of the celebrated Renaissance "triumvirate" of jurisconsults (Rowan more accurately, but unnecessarily calls it an "imaginary triumvirate") recognized by Erasmus as the masters of modern legal scholarship. An increasing amount of attention has been devoted to humanistic jurisprudence in the sixteenth century, and various aspects of the work of all three of these *interpretes eruditi* have been studied. Yet until now not one of them

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

has received a full, critical study. Rowan's book takes the least influential but most complex of the three and offers a careful and solidly based account of the career and publications of a jurist involved in public and administrative activity as well as the scholarship on which his reputation was based.

Rowan's account, which considers all of the published (and some of the MS) sources, treats all aspects of Zasius's life and not merely, as did Stintzing, those "which seem to point the way to the great Savigny." So we are given a carefully organized, well written, often insightful, and betimes anecdotal discussion of Zasius's early years, his careerism, his home life, his manifold legal activities, and his teaching, as well as the progress of his publications in law and classifical scholarship. Zasius's intellectual development suggests a combination of anxiety and ambition and "a mind capable of an impressive Latin style but not overburdened with scholastic learning." He served as a notary in the episcopal chancery of Constance and a town clerk (*Stadtschreiber*) in Buchhorn (Friedrichshafen), in Baden im Argau (where he found a wife and began his family), and finally Freiburg im Breisgau, where he kept records, carried on correspondence, wrote a "double chronicle" of the city's social and political affairs, and took an additional post as master of the municipal school (*ludimagister*). He also attached himself to the new, and "second-rate," university, and at the age of forty he made his "decision to switch careers." Thus, between 1494 and 1504, "Ulrich Zasy" began expanding his intellectual horizons and emerged as the humanist "Udalricus Zasius," with a growing discipleship, international contacts, and scholarly and pedagogical reputation.

Zasius's intellectual accomplishments, unlike those of Budé and Alciato, can by no means be summed up by the term "legal humanism" or "umanesimo giuridico." Zasius was a practicing lawyer and administrator before he took his law degree and began teaching; his published work concerned the Freiburg Code and a wide range of litigation (over sixty *consilia* survive) and social questions, well as learned commentary on classical literature and the texts of Roman law, especially the Digest. Zasius was also a theologian of sorts, a correspondent of Zwingli, and an early supporter of Luther; but even before Erasmus he rejected and commented critically on, the evangelical program. His first significant published work, which reflected the traditional antisemitism of Freiburg, concerned the baptism of Jewish children. In opposition to the canonist and Thomist *communis opinio*, Zasius gathered late scholastic texts to argue that such baptism might indeed be carried out against parental wishes and against any previous agreement (the notorious provision that faith need not be kept with heretics). Though "scandalous" in the views of some, this treatise (*De paruulis Iudaeorum baptisandis*, written in 1505) helped to advance Zasius's career, and the next year he became Ordinary Professor of Laws, though he also continued his "political" activities.

It was at just this point that Heinrich Bebel urged Zasius on to the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

great task of reforming Roman law—to supplement the parallel enterprise, taken up by Erasmus, of reforming theology. And from 1514 to 1520 Zasius indeed worked his way through the *Corpus Iuris Civilis* as Erasmus was working through the *Novum Instrumentum*. Zasius's view of law combined traditional professional doctrine with elements of the new philological learning. On the one hand he celebrated the ancient pretensions of jurisprudence to be "true philosophy" (*iurisprudentia ex vera philosophia pendeat*) and a form of wisdom (*divinarum et humanarum notitia*); on the other hand he rejected the authority of the glossators and commentators (*non glossas et Bartolum magna veneratione dignos quidem fatemur*). Yet in his commentary on the Digest Zasius followed the professional conventions of the Bartolists rather than the literary form of Budé and Valla (whose unprofessional and excessively literary criticisms Zasius also found suspect). Even more than Alciato and the practitioners of the *Mos Gallicus* Zasius was an eclectic who wanted not merely to restore (historically) but also to reform (philosophically, i.e., legally) the canon of civil law, which was in the process of being "modernized" (*usus modernus Pandectarum*, in the phrase of the following century).

In this undertaking Zasius's scholarship, like that of Erasmus, was not unflawed; as Erasmus limited himself to late manuscripts of the New Testament, so Zasius made use only of Haloander's edition (not the Florentine codex utilized by Poliziano and Budé). But then Zasius's contributions were on the whole historical rather than philological; and his masterwork, his *De Origine Juris* (commentary on Digest I, 1, 2), reviewed and reassessed the history of the *ius civile* from Romulus down to the end of the classical period and supplied corrections not only of Pomponius but also of medieval glossators and commentators, with reference to the work of such contemporary scholars as Mariano Sozzini, Giason del Maino, and Claude de Seyssel (who—a small correction [p. 103]—ended his life as Archbishop not of Tours but of Turin) as well as the likes of Erasmus, Budé, Alciato, Beatus Rhenanus, and his former student Bonifacius Amerbach.

Of Zasius's extensive scholarly work on civil law Rowan offers a useful discussion, but it is "external" rather than analytical or critical. He passes over the published works in an informed but more or less indiscriminate fashion; nor does he develop very extensively Zasius's legal, political, and social thought as it relates to the later professional tradition which was the principal context for Zasius's historical stature. Rowan does give a nice summary of the famous dispute between Zasius and (Calvin's teacher) Pierre de l'Estoile over an alleged *antinomia* in the Digest, but again he does not have much to say about the scholarly significance: in fact the debate reflected a fundamental methodological disagreement about the—philosophical or philological, "extensive" or "restrictive"—interpretation of legal authorities. (Incidentally, this point is well developed in a recent thesis by Michael Monheit, Princeton University, on the young Calvin, who was one of L'Estoile's stu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dents during this controversy, and whose first publication graced a defense of l'Estoile by a fellow student, Nicholas Duchemin.)

Zasius was a man of large intellectual—but small civic and professional—horizons, and Rowan has decided to focus on the Zasius of history rather than the Zasius of legal tradition. Yet, despite Rowan's qualms about anachronism, it is not the historical Zasius but the Zasius of legal and intellectual tradition that is most significant, and indeed justifies such a study. This is not because Zasius "points to the great Savigny" but because Savigny, and other *Grosse Rechtsdenker* (as Erik Wolf termed them), point back to him. There is still much to be said about Zasius's place in modern legal thought and scholarship. Meanwhile, Rowan has given us a richly detailed, insightful, and well documented life and times of an early modern jurist that also illustrates the complexities and ambiguities of the study and practice of modern civil law in its formative period.

DONALD R. KELLEY

La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara (10-12 ottobre 1985), Padova, Cedam, 1988, pp. 610.

Il volume contiene gli Atti del convegno celebrativo della nuova sede di un antico Ateneo: la sua finalità — come ha detto il preside Giorgio Cian nella apertura dei lavori — è stata quella di una comparazione tra ordinamenti giuridici "che non è comparazione di contenuti, ma confronto fra i metodi per l'individuazione della regola giuridica da applicare al caso sottoposto al giudizio". Una tale prospettiva ha trovato i suoi stimolanti risvolti a due livelli: da un lato nella estensione del tradizionale confronto — tra sistemi di "civil law" e di "common law" — al diritto ed alla procedura canonica (in cui andrebbe recuperata la matrice di entrambe le esperienze); dall'altro lato nell'incontro tra le esperienze di giuristi "professori" e quelle di giuristi "magistrati di corti supreme" (nazionali ed internazionali). Era pertanto inevitabile che — come ha notato Alberto Trabucchi nella conclusione dei lavori — si sia "parlato più di diritto che di sentenze, e nello sfondo di quasi ogni discorso è affiorato il tema umano della difesa contro i pericoli connessi alla concezione moderna di una civiltà legata allo stato di diritto" (p. 374). I risultati di questa indagine — che rivela le interferenze a vari livelli tra il momento logico del giudizio ed il momento istituzionale — potranno costituire un punto di riflessione non solo per il giurista positivo, ma anche per gli storici ed i teorici del diritto. Basti considerare la interdisciplinarietà dei temi, che sono stati oggetto delle tre sessioni: *La formulazione giudiziale del diritto e la razionalità della decisione* (pp. 27-128), *La fisionomia della sentenza nei singoli ordinamenti europei*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e nell'ordinamento canonico (pp. 129-292); *Tecniche della decisione e stile delle sentenze* (pp. 293-380). Si ricollegano a questi temi — oltre alle relazioni generali — varie comunicazioni (E. Capizzano, P. Pescatore, B. Pellingra, V. Librando, L. Montesano, A. Andreani, G. Cordero). Benemerita è altresì l'iniziativa degli organizzatori del convegno di offrire — in appendice al volume degli Atti — la versione in italiano delle relazioni straniere (pp. 485-611).

Nella relazione introduttiva alla prima sessione Peter Stein (*Judgements in European Legal Tradition*) prende le mosse dalle diverse guise con cui si è venuta articolando — nella storia giuridica europea — la relazione tra il processo e le istituzioni giudiziarie. L'*ordo iudiciarius* medioevale — impregnato dei valori logici ed etici che ancora oggi ricolleghiamo all'idea del processo "equo" — fu "il comune punto di partenza per entrambi i tipi di sentenza, inglese e continentale. In linea di massima le corti inglesi sono rimaste fedeli a questa concezione... Le corti continentali, invece si sono staccate ad un certo momento dalla comune origine, costituita dall'idea che le parti controllino il processo, ed hanno preso ad indagare su fatti che probabilmente nessuna delle parti voleva sottoposti ad indagine, con il risultato che la questione giuridica davanti alla corte ha finito per essere diversa da quella prospettata dalle parti". Kurt Lipstein (*Common Law Courts in the Age of Statutes*) esamina i problemi posti dall'estensione della legislazione in un sistema — come quello angloamericano — che risente della genesi storica di un ordinamento, in cui la legge scritta — quale "lex specialis" — era considerata come un'intrusa nell'area del "common law". Si rileva in proposito come le tecniche, utilizzate dalle corti americane, per allontanarsi da una legge scritta divenuta obsoleta ed anacronistica siano escluse in Inghilterra "dove le corti non possono sindacare se una legge sia frutto di un abuso o irregolarità". Nella relazione di Martin Kriele (*Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis*) la esperienza giuridica tedesca appare un interessante terreno di osservazione storica della frattura tra teoria e prassi. Ad esempio, le motivazioni delle decisioni del Tribunale camerale, dal XVI al XVIII secolo — malgrado l'espresso divieto — vennero diffuse in gran copia e perfino stampate. Nella dottrina giusnaturalistica i precedenti vennero intesi come *Präjudizien* nel senso peggiorativo del linguaggio ordinario; un tale atteggiamento resiste ancora nella scuola storica (ad eccezione di Vordan e Maurenbrecher). Ma la tradizionale posizione di chiusura della scienza giuridica tedesca si sta convertendo in tempi recenti nel riconoscimento di una "presunzione del precedente": "anche nei nostri esami di stato una corretta conoscenza dei precedenti costituisce un punto di vista decisivo per la valutazione dei lavori dei candidati: i precedenti pertinenti non possono essere ignorati, né trascurati, né — se per qualche aspetto problematici — possono essere a fondamento di una decisione senza discuterli".

Le relazioni finali della prima sessione offrono un interessante spaccato per comprendere gli atteggiamenti della odierna cultura giuri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dica nei confronti delle tendenze realistiche angloamericane. Wolfgang Fickenscher (*Die Verwendung von Analogie und allgemeinen Rechtsprinzipien in der Rechtssprechung*) ripercorre le principali tappe della dottrina tedesca sui princìpi del diritto: dalla discussione intorno alla funzione delle clausole generali (Hedemann) fino alla dottrina di Esser. A suo avviso, una corretta soluzione andrebbe ricercata in una rigorosa metodologia giuridica offerta dalla teoria della norma per il caso concreto (*Fallnorm*). Angelo Falzea (*Gli standards valutativi e la loro applicazione*) prende in considerazione la problematica dei "legal standards" ossia dei modelli generali di comportamento sociale giuridicamente rilevanti, diversi da quei modelli particolari in cui consistono le comuni norme giuridiche. Secondo Falzea gli "standards" — a differenza dei princìpi che esprimono i valori sommi e assoluti dell'ordinamento giuridico — sono norme giuridiche condizionate. Essi, cioè pur se solo formalmente col solo riferimento all'effetto giuridico —, come la norma che richiede ai cittadini di vivere onestamente "implicano un riferimento necessario al fatto giuridico: le situazioni giuridiche nelle quali il cittadino si viene a trovare, e nelle quali resta impegnato a una condotta conforme all'*honeste vivere*... Il modello generale per diventare operativo ha bisogno di venire integrato da norme più determinate, che lo avvicinino alla realtà della vita giuridica", (p. 114).

La seconda sessione (*La fisionomia della sentenza nei singoli ordinamenti europei e nell'ordinamento canonico*) si apre con la relazione introduttiva di Heinz Kötz sulla stilistica giudiziaria: viene privilegiata la comparazione tra il modello continentale e quello inglese. La tendenza peculiare del metodo esegetico di ignorare gli "arguments d'ordre extrajuridiques" è presente anche in Germania. Al contrario, nelle sentenze emesse dalle corti inglesi vi è ampio riferimento alle "considerations of policy": soprattutto quando si tratta "di ponderare e di soppesare le conseguenze — di natura politica e sociale — che la scelta tra l'una o l'altra delle possibili soluzioni necessariamente comporta". Il tema è ripreso da Patrick S. Atiyah (*Judgements in England*): i giudici fanno spesso riferimento al bene comune nelle loro argomentazioni, controbilanciando i diritti delle parti con l'interesse generale. Il ruolo del giudice legislatore non è arbitrario, in quanto resta nei confini del c.d. modello del legislatore interstiziale: anche se vi sono talora argomentazioni, che potrebbero essere qualificate politiche stricto sensu (come quando i giudici pervengono a basare le loro argomentazioni sulla maturità dei tempi per un cambiamento politico). Dalla relazione di Gerard Cornu (*La sentence en France*) emerge come il tradizionale quadro legalistico sia stato progressivamente intaccato sia da tendenze dottrinali (che incoraggiano il potere normativo della giurisprudenza), sia da tendenze legislative (in particolare il nuovo codice di procedura civile) che hanno notevolmente rafforzato il potere di intervento del giudice. Anche nell'evoluzione del diritto tedesco — secondo Albrecht Zeuner (*Das Urteil in Deutschland*) — si è notevolmente ampliato lo spazio di autonomia decisionale dei giudici, che è stato previsto da di-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verse norme processuali, in particolare nel campo del diritto del lavoro. La corte costituzionale tedesca ha però annullato alcune decisioni della corte federale del lavoro per violazione dei limiti inerenti alla elaborazione integrativa del diritto. Nel nostro ordinamento — come ha rilevato Michele Taruffo (*La fisionomia della sentenza in Italia*) — lo stile della sentenza rinvia ad una ideologia burocratica della funzione giudiziaria: "Il dogma della segretezza delle deliberazioni, e la conseguente esclusione del voto e dell'eventuale motivazione dissenziente, non solo eliminano quella che è stata definita una salvaguardia per la democrazia, ma implicano che la motivazione della sentenza sia un'argomentazione neutrale, oggettiva, e spersonalizzata".

Nella seconda parte della sessione dedicata alla fisionomia della sentenza (pp. 217-292), è stato privilegiato il tema delle corti costituzionali ed internazionali. Nella relazione di Leopoldo Elia (*Il potere creativo delle Corti costituzionali*) viene affrontata la questione pregiudiziale: e cioè come sia difficile "isolare il momento del controllo delle norme rispetto a quello del concorso all'opera di costruzione dell'ordinamento fatta dal legislatore costituzionale o dal legislatore ordinario"... "in questi cicli storici proprio alla corte spetta di accertare in che misura la costituzione può subire un apparente snellimento della ricerca di quelli che sono i nuclei veramente essenziali, tali da consentire... di comprendere quale può essere il margine di oscillazione circa la realizzazione dello stato sociale di diritto in Germania, per esempio, o in Italia". Una problematica parallela emerge dal discorso di Francesco Capotorti (*Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee*), che offre un panorama dei canoni ermeneutici utilizzati (tra cui ha una posizione di rilievo il ricorso ai "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri"). Il merito di questa giurisprudenza "sta evidentemente non solo nell'aver trasferito sul piano comunitario importanti acquisizioni della cultura giuridica degli stati membri, ma nell'aver posto quei princìpi in sintonia con le esigenze del sistema giuridico delle Comunità, in modo che anch'essi contribuiscano a mettere in luce il significato delle sue norme". Ian Brownlie (*The Judgments of the European Court of Human Rights*) riconduce la problematica della Corte europea dei diritti dell'uomo a quella più generale dei Tribunali internazionali, in quanto hanno in comune alcune caratteristiche: l'elevato numero di membri di queste magistrature, le procedure interne, la redazione delle sentenze. In questa attività si stempera la tradizionale contrapposizione tra "civil law" e "common law": nel mondo del diritto internazionale, i professionisti lavorano continuamente fianco a fianco, qualche volta nei tribunali e qualche volta al di fuori dei tribunali, in gruppi cosmopoliti al servizio degli Stati nelle controversie internazionali"... "questi professionisti sono in grado di superare queste differenze, ed il prodotto finale di tutto ciò è lo sviluppo di una tradizione giuridica cosmopolita". Nell'ordinamento canonico caratterizzato dalle particolari finalità della "salus animarum" — come rileva Eugenio Corecco (*La sentenza nell'ordinamento canonico*) — l'idea della senten-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

za non è ricollegabile ai concetti di azione e giurisdizione, nel senso della dottrina civilistica. La nozione di "potestas iurisdictionis" non è stata utilizzata per designare il potere giudiziario come tale, bensì tutto il potere di governo in quanto diverso e distinto dalla *potestas ordinis* (cioè il potere "sacramentale"). Ne derivano strutturali differenze in quanto la sentenza canonica — tra l'altro — *non* ha come scopo nè la risoluzioen di controversie concernenti diritti soggettivi, e neppure l'effetto di cosa giudicata.

Anche nella terza sessione del convegno (*Tecnica della decisione e stile delle sentenze*) il problema della sentenza è stato analizzato nella ottica più generale del processo (pp. 293-320). Secondo Franco Cordero (*Stilus curiae: analisi della sentenza penale*) "l'analisi tecnica non basta, intesa nel senso esiguo, come glossa agli articoli del codice; lo specchio riflette culture sommerse, tensioni attuali, futuribili". Nel discorso del Cordero viene offerto, con sensibilità filosofica, un efficace schizzo della storia della patologia del processo penale fino all'età moderna. Nella preistoria di quei fenomeni che riducono al grado zero il fenomeno processuale ("quando qualcuno appare simultaneamente attore, giudice, organo esecutivo") viene analizzato un episodio della storia romana: ossia l'assoluzione di Orazio, che avvenne — secondo la testimonianza di Livio — "admiratione magis virtutis, quam iure causae". Tra i rimedi ai mali attuali viene considerata con favore la introduzione della opinione dissenziente nei collegi: "è così apertamente finto l'intelletto-volontà impersonale; meglio che ogni carta venga sul tavolo". Un orientamento parallelo emerge dalla relazione di Elio Fazzalari (*La sentenza in rapporto alla struttura ed all'oggetto del processo*), secondo cui "Bisognerebbe ricordare a noi stessi che la sentenza non è un *insula in flumine nata*, non è un testamento olografo, bensì è il risultato del travaglio di un processo...". Nel contraddittorio si consumano i valori della esperienza processuale: "La sentenza non è — o non è più soltanto — l'atto di chi, munito d'imperio, risolve la lite; il giudice con la sentenza dà risposta a tutte le domande che i contraddittori gli hanno rivolte, agli argomenti che essi gli hanno sottoposto. Il giudice può disattendere, ma non obliterare le ragioni della parte, deve darne conto, deve viverle criticamente. Almeno nella stessa misura in cui i difensori sanno vivere la causa".

I lavori del convegno si sono conclusi con una "Tavola rotonda dei Presidenti delle Corti supreme" (pp. 321-380). Da tutti gli interventi è emersa, sotto vari profili, l'analogia tra la giurisprudenza delle Corti costituzionali e quella delle Corti internazionali: sintomatico è il ruolo del metodo comparatativistico nella interpretazione. Livio Paladin (*Corte costituzionale*) esamina l'evoluzione del rapporto tra la giurisprudenza della Corte costituzionale e quella della Corte di Cassazione: "Un tempo il rapporto fra le due Corti era spesso conflittuale, nel senso che sia pure su diversi terreni le pronunce delle due Corti tendevano a contraddirsi a vicenda. Oggi, viceversa, mi pare possa affermarsi che si è instaurato un rapporto di collaborazione o di integrazione in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiave collaborativa, se vogliamo esser più precisi". Si è venuto determinando un "duo Corte costituzionale — Corte di cassazione", che ha determinato effetti benefici sulla unificazione della giurisprudenza e sulla certezza del diritto. Secondo Franz Matscher (*Corte europea dei diritti dell'uomo*), la composizione non omogenea di questa corte non costituisce un ostacolo nelle deliberazioni: "Il raggiungimento di un risultato di tali delibere, vuol dire l'elaborazione di una sentenza adottata almeno a maggioranza dei voti, non sarebbe possibile se i membri del collegio non fossero disposti a fare astrazione da certe idee fisse provenienti dalle loro concezioni nazionali, ideologiche ecc., a favore di un compito comune che è quello di rendere una sentenza che risponde alle concezioni europee comuni". Secondo Giacinto Bosco (*Corte di giustizia delle Comunità europee*) lo "ius commune" europeo appare realizzabile piuttosto per via giurisprudenziale anziché per la difficile via delle convenzioni internazionali di unificazione del diritto: vengono evidenziati i vantaggi di una procedura che prevede il dialogo tra le parti ed il giudice, prima e dopo l'udienza. Zenon Grocholewski (*Supremo Tribunale della Segnatura apostolica e sentenza canonica*) delinea le peculiarità di un Tribunale supremo — al vertice di una giurisdizione dominata dai valori della "aequitas canonica" — il quale è atipico in confronto con le Corti supreme statali. Tra le differenze rispetto alle corti di cassazione: a) questo Tribunale supremo non ha la prerogativa di imporre ai tribunali inferiori l'intepretazione della legge; b) il giudice in minoranza può esigere che le sue conclusioni, in caso di appello, vengano trasmesse al giudice superiore (p. 347); c) il carattere rescissorio delle decisioni (in cui persiste la struttura di istituti della procedura romano-canonica, come la "querela nullitatis" e la "restitutio in inegrum contra sententiam"). Nella esperienza costituzionale tedesca Gerd Pfeiffer (*Bundesgerichtshof*) rileva, tra l'altro, il ruolo della prassi: "Il problema della prassi si è atteggiato in modo tale che non si parla praticamente più di precedente. Al suo posto parliamo invece di opinione giuridica ("Rechtsauffassung") del Tribunale supremo". Le radici storiche del sistema costituzionale inglese — secondo Lord Wilberforce (*House of Lords*) — rendono questa magistratura peculiare sotto vari profili; quei magistrati sono consapevoli "di essere parte dell'attività legislativa: un duplice ruolo unico al mondo". A ciò si aggiunga che non è titolo preclusivo l'assenza di una formazione giuridica: "Ciò significa che le decisioni di questi giudici tendono ad essere più letterarie, meno tecniche sotto il profilo giuridico... un caso famoso è quello di un Lord che si lamentava della oscurità della legislazione fiscale e ripeteva in greco il lamento omerico di Aiace"... "Si potrebbe dimostrare che il *common law* è stato in grado di porre grandi principi circa i diritti umani molto più rapidamente ed efficacemente dei sistemi fondati su un codice o un testo costituzionale". Per quanto si riferisce all'ordinamento francese, la tradizionale immagine ottocentesca dei magistrati della "Cour de Cassation" come "inspecteurs de justice" — posta al vertice di un ordinamento rigorosamente burocratico — appare modi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ficata dal progressivo riconoscimento di poteri pretori. Michel Monegier du Sorbier (*Cour de Cassation*) ha messo in rilievo l'importanza dei precedenti nell'evoluzione del diritto: spesso i magistrati assumono come motivazione la regola posta da una decisione della Corte di Cassazione di cui essi riproducono i termini "parola per parola". Giuseppe Tamburrino (*Corte Suprema di Cassazione*) ha ribadito il valore dei contatti culturali e giuridici tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione; il progresso nella uniforme interpretazione potrebbe essere garantito da una più incisiva utilizzazione di strumenti tecnici, come il centro elettronico collegato al vecchio massimario.

A mò di conclusione vorremmo richiamare l'attenzione su un punto rilevante da questo convegno: e cioè quello della c.d. legislazione costituzionale a livello nazionale ed europeo. Come ha ricordato — al termine dei lavori — Alberto Trabucchi: "Se non ci fosse stata una notissima sentenza, emanata nell'ambito del compito della Corte di Giustizia di giudicare sull'interpretazione delle norme comunitarie da applicare da giudici nazionali, forse l'Europa oggi sarebbe diversa; una maggioranza di quattro giudici su sette ha posto il vero fondamento del diritto comunitario" (p. 375). Nella nostra esperienza la tradizionale frattura — incoraggiata forse dalla stessa ideologia del nostro costituente — tra giurisdizione costituzionale e giurisdizione ordinaria si sta risolvendo in quel "duo Corte costituzionale-Cassazione", di cui ha parlato Livio Paladin in questo convegno. La maggiore garanzia della c.d. legislazione costituzionale — nei confronti di quella del legislatore ordinario — è nella razionalità della procedura, nella motivazione della sentenza, nella tempestività dell'intervento. Ritorniamo inconsapevolmente ai problemi del diritto comune europeo, ed alla tematica dei Grandi Tribunali, cara a Gino Gorla. Un tale ritorno rappresenta una sfida anche per la speculazione filosofico-giuridica, che si vede costretta a mettere in discussione i presupposti taciti da cui prende le mosse: a partire dallo stesso concetto di "legislazione". Sotto tale profilo andrebbe ricordato che il ruolo delle magistrature supreme nel giusto mutamento del diritto è stato nell'età moderna — come abbiamo cercato di dimostrare in altra sede — uno dei temi dominanti in alcuni filoni del pensiero politico occidentale: da Machiavelli a Vico. Un punto di riferimento non trascurabile è stato Francesco Bacone, che ricorreva alla metafora delle "ancore delle leggi", a proposito delle decisioni di queste corti: "Parum enim abest a potestate leges condendi, potestas eas supplendi aut extendendi aut moderandi" (Tractatus de Justitia, aph. 37).

ALESSANDRO GIULIANI

I Sinodi diocesani di Pio IX (1860-1865), a cura di Andrea GIANNI e Giovanna SENIN ARTINA, Roma, Herder (Sinodi e Concili dell'Italia post-unitaria. Collana di testi e documenti diretta da Silvio FERRARI), 1987, XXXVI-820 p.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vincenzo Del Giudice, in quel fortunato manuale di diritto canonico che, insieme al non meno celebre corso di diritto ecclesiastico, ha formato, per la chiarezza espositiva e completezza didattica, più di una generazione di studenti delle nostre Facoltà di Giurisprudenza, a proposito dei concili e sinodi diocesani affermava che: «Lo studio di tale materiale legislativo è particolarmente proficuo sotto il profilo storico e ecclesiologico, giacché gli atti di concilii e sinodi sono un prezioso strumento di conservazione e trasmissione delle consuetudini e tradizioni ecclesiastiche» (*Nozioni di diritto canonico*[12], Milano, 1970, p. 60).

Si tratta infatti di documenti che costituiscono fonti di cognizione del diritto canonico particolare e, nel caso degli atti dei sinodi diocesani, di una raccolta di norme con validità limitata a un determinato territorio quale la diocesi, affidata alla guida di un vescovo che è anche l'unico legislatore dell'assemblea locale (*Unus in Synodo dioecesana legislator est Episcopus*). Nel corso dei secoli diverse furono le funzioni demandate al sinodo diocesano, le principali delle quali possono riassumersi in un generale rinnovamento della vita religiosa che, il più delle volte, si concretava — oltre che nell'emanazione di nuove norme — nella pubblicazione dei decreti dei concili provinciali e nel ridare vigore e maggiore diffusione ad editti ed ordini vescovili emanati *extra synodum* e a disposizioni, frutto della tradizione del luogo, che avevano la loro fonte nella consuetudine.

Così inquadrato, il rilievo del diritto sinodale diventa fondamentale per comprendere il profondo rapporto di interdisciplinarietà tra storia e diritto, ma anche quello tra diritto universale e diritto particolare nella Chiesa. Quest'ultimo aspetto — come ci ricorda Francesco Margiotta Broglio nella *Prefazione* al volume — è tanto più valido «per lo studio di un sistema, come quello canonistico, del quale la dialettica universale-particolare è elemento essenziale anche se, talvolta, sottovalutato dagli studiosi» (p. VIII).

Quello che troviamo qui raccolto appare dunque un materiale indispensabile per valutare le direttive che guidavano l'attività di una Chiesa locale, ma anche un materiale che va oltre gli aspetti relativi alla conoscenza del diritto positivo. Infatti, come risulta tra l'altro da un sommario esame dell'articolato indice analitico delle materie trattate nei documenti sinodali (cfr. pp. 773-800), l'utilità pratica della pubblicazione non è limitata agli storici del diritto. Tutto questo è testimoniato anche dal fatto che tali istituti hanno incominciato ad essere studiati dagli storici della Chiesa che vi rinvengono una messe di notizie, spesso — in passato — non considerate da chi si accostava alle costituzioni sinodali unicamente per ricercarvi l'antica legislazione canonica. Si tratta, dunque, di fonti che rivelano un contenuto che va oltre il diritto canonico e per alcuni aspetti anche quello civile, e abbracciano la storia locale ed economica, la sociologia religiosa, l'etnologia e il folklore e di contributi alla conoscenza del costume, delle abitudini e delle superstizioni popolari. Anzi, si può dire che in queste ricerche i giuristi sono stati sorpassati dagli storici, così da dover in qualche caso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lamentare che lo studio dei sinodi avvenga in una prospettiva che fa dimenticare che furono norme di diritto positivo.

Quanto al periodo preso in considerazione per questa raccolta di testi e documenti, c'è da osservare che, coincidendo con l'inizio del processo di unificazione nazionale, viene anche a coincidere con rivolgimenti che coinvolsero la realtà politico-istituzionale, ma anche la Chiesa, segnando la più rilevante fase di separazione tra la società civile e quella religiosa. Ne consegue per la Chiesa la necessità di una generale azione pastorale per far fronte a questi pericoli e in quest'ottica «La normativa sinodale — come osserva Silvio Ferrari nel saggio di carattere metodologico che accompagna il volume — costituisce un ottimo «laboratorio» per controllare lo svolgimento di quel processo di adattamento della norma alla realtà e per esaminare tempi e modi di recezione nel mondo del diritto delle istanze proposte dalla trasformazione della società» (p. XXV).

Significativo esempio di recezione da parte dei sinodi delle controversie in corso con l'autorità civile sono le disposizioni riguardanti il sacramento del matrimonio e, in particolare, la disciplina degli impedimenti matrimoniali e gli inconvenienti insorti a seguito della doppia celebrazione (civile e religiosa); aspetti questi sui quali il Ferrari ha già richiamato l'attenzione degli studiosi (cfr. *Legislazione ecclesiastica e matrimonio religioso tra diritto civile e diritto canonico: un caso di peculiare interdipendenza*, in *La norma en el derecho canonico.* Actas del III Congreso internacional de derecho canonico, vol. I, Pamplona, 1979, pp. 443-455), ma che potrebbero essere considerati anche in relazione ad altre *res mixtae.*

Non ci si deve però nascondere che anche queste fonti presentano dei limiti. In primo luogo notiamo talvolta la ripetitività, ma è in questa ripetitività che dovremo ricercare le integrazioni e le sfumature: le circostanze in cui la norma generale si piega di fronte al caso particolare. Il secondo limite risiede nel fatto che all'indomani dell'unità d'Italia, con una Chiesa ancora fortemente accentrata, non era molto lo spazio lasciato alle codificazioni particolari (a differenza di quanto avviene attualmente con il *Codex* del 1983) per cui non è agevole rintracciare il diritto canonico italiano, mentre, per converso, risultano forti le differenze presenti nelle realtà anche religiose degli ex Stati.

Di fronte ad un'opera impegnativa e di sicura utilità e soprattutto di fronte all'avvio di un progetto di questa mole che prevede la pubblicazione di tutti i concili e sinodi diocesani celebrati in Italia dal 1860 ad oggi, (si tratta di *corpus* normativo comprendente circa 450 sinodi), non resta che augurare che, pur tra prevedibili difficoltà, le pubblicazioni possano susseguirsi rapidamente, con il rigore scientifico fin qui dimostrato, così da rendere disponibile ulteriore materiale e rispondere il più possibile alle diverse esigenze con cui il documento può essere letto. Si deve poi elevare un plauso al direttore della ricerca, ai curatori, all'editore Herder e al C.N.R., che con la concessione di un contributo ha favorito questo sforzo. Sforzo che è prima di tutto un atto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di coraggio multiplo al quale non può che andare ogni apprezzamento, rafforzandolo con il richiamo di un giudizio di Guglielmo Savagnone, uno studioso che nel passato si è occupato di sinodi con una metodologia già moderna. Affermava dunque lo storico e giurista siciliano, nell'apertura del volume: *Concilî e Sinodi di Sicilia. Struttura giuridica. Storia* (Palermo, 1910, p. 3), che: «Il diritto sinodale ha nella storia del diritto canonico la medesima importanza che il diritto statutario nella storia del diritto privato. Come gli statuti con le loro deviazioni dal diritto comune ci dànno le caratteristiche del diritto locale, la fisionomia vera di un determinato diritto territoriale; analogamente le costituzioni sinodali sulla trama dei principî canonici vanno intessendo un diritto locale del tutto informato alle peculiarità di organizzazione e di consuetudini delle singole diocesi».

GIOVANNI B. VARNIER

G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *The Life and Work of Gerard Noodt (1647-1725). Dutch Scholarship between Humanism and Enlightenment*, Clarendon Press, Oxford, 1988, 391 S.

Gerard Noodt, der letzte große Vertreter der niederländischen eleganten Jurisprudenz im 18.Jahrhundert, ist von seinen Zeitgenossen wegen seiner Gelehrsamkeit und seines Scharfsinns als Interpret des römischen Rechts hoch bewundert worden. Schon während des 18.Jahrhunderts wurde jedoch der Einfluß der humanistischen Tradition durch stärker praxisbezogene Vertreter des usus modernus zurückgedrängt. Erst recht geriet Noodt außerhalb der Niederlande im 19. und 20.Jahrhundert in Vergessenheit. Seit der Trennung von geltendem Recht und "neohumanistischer" Rechtsgeschichte scheint man die späthumanistischen Juristen des 17. und 18.Jahrhunderts jedoch wieder zu entdecken. Vieles, was heute zum gesicherten Bestand der Textkritik des römischen Rechts gehört, geht auf ihre Gelehrsamkeit zurück. So erscheint auch Gerard Noodt einerseits als "später" Vertreter der eleganten Richtung, andererseits aber auch als "Vorläufer" der modernen Romanistik.

Professor G.C.J.J. van den Bergh (Universität Utrecht) hat mit dem hier zu besprechenden Buch die erste umfassende und mit großer Akribie aus den Archivalien erarbeitete Monographie zu Leben und Werk von Gerard Noodt vorgelegt. Die Studien zu diesem Buch reichen bis ins Jahr 1971 zurück. Seither ist wohl alles, was zu den Lebensumständen, zu Freundeskreis und Briefwechsel, zu Prozeßvertretungen und Berufungsverhandlungen, Vorlesungen und Buchpublikationen zu ermitteln war, zusammengetragen worden. Es ist van den Bergh gelungen, dieses Material knapp und anschaulich auszubreiten und dabei sogar noch die Farben und die Atmosphäre des Universitätslebens in den Niederlanden zwischen 1647 und 1725 zu

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vermitteln. Sein Buch ist vor allem im biographischen Teil geprägt von Einfühlungsvermögen und wissenschaftlicher Distanz zugleich, sein sprachlicher Duktus ist präzise und oft von hintergründigen Humor. Wir erfahren schlechthin alles, etwa auch die medizinischen Details, daß die Geburt am 4.September 1647 schwierig war, "because he was big and fat", und daß Noodt am Ende wohl unter hohem Blutdruck und Arteriosklerose gelitten haben mag. Wichtiger, weil von Auswirkung auf des Werk, sind freilich die übrigen biographischen Umstände, die hier nur stenogrammartig angedeutet seien:

Geschildert werden Noodts bürgerliche Herkunft und politisches Umfeld in Nijmegen, die Familiengeschichte auf dem Hintergrund der Stadtverfassung, die Stationen der juristischen Ausbildung, der Beginn der Karriere als Anwalt (samt reizvollem Material aus dem Archiv in Nijmegen), die ersten Publikationen und die Bemühung um eine Professur. Der 32jährige Noodt wird dann nach Franeker berufen, wir sehen ihn dahin reisen, eine Wohnung und eine Köchin suchen, und wir wohnen der feierlichen Inauguration einschließlich des Festessens der Fakultät bei. Bald darauf bietet ihm Utrecht dreimal eine Professur "iuris legumque Romanorum", die er zuletzt (1683) akzeptiert. Wieder gibt es eine feierliche Inauguration (van den Bergh: "That was at a time when professors were still regarded as men of some importance"!). 1686 geht Noodt dann nach Leiden, wo er noch vier Jahrzehnte bleiben und lehren sollte. Seit diesem Jahr ist er auch verheiratet, er ist angesehen, hat Haus- und Grundbesitz und führt ein arbeitsames, aber äußerlich ruhiges Professorenleben ("... naturally, congresses did not yet exist"). Noodt wird zweimal Rektor seiner berühmten Universität, hält bedeutende Rektoratsreden und führt spannende Berufungsverhandlungen mit dem Basler Naturwissenschaftler Bernoulli, aber allmählich scheint seine wissenschaftliche Produktivität zurückzugehen, ja er erklärt sogar in einer Krise von 1713, nun werde — nach der Publikation der Opera omnia — nichts mehr erscheinen. Noodt erholt sich jedoch und publiziert weiter; denn Schreiben sei doch, sagt er, ein "suave delirium" (van den Bergh nennt ihn S.263 gar einen "workaholic").

Dem soeben angedeuteten biographischen Teil, den man mit Bewunderung für die Sorgfalt der Recherchen und die Kunst der Darstellung liest, folgt eine eingehende Analyse der Werke Noodts in historischer Abfolge, eingebettet in eine allgemeine Entwicklungsgeschichte der gemeinrechtlichen Jurisprudenz. Van den Bergh arbeitet hier zu Recht heraus, daß der Übergang vom mos italicus auf den mos gallicus die Grundlagen der Rechtswissenschaft nicht berührte. Die humanistischen Juristen arbeiteten zwar philologisch genauer, ihnen standen andere Texte zur Verfügung und sie setzten andere Schwerpunkte, aber im Prinzip waren ihre Erörterungen römischrechtlicher Textstellen ebenso praxisbezogen wie die der Glossatoren. Dies gilt auch für die holländische elegante Jurisprudenz zwischen 1670 und 1730, die nicht nur, wie man im 19.Jahrhundert meinte, antiquarische (an-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

geblich "nutzlose") Gelehrsamkeit betrieb, sondern das normativ-applikative Ziel des "heute geltenden römischen Rechts" keineswegs aus den Augen verloren hatte. Bei Noodt kam noch hinzu, daß er unter dem Einfluß des cartesischen Rationalismus und der Frühaufklärung nicht bereit war, sich seinen eigenen philologischen Erkenntnissen ohne weiteres zu unterwerfen, daß er vielmehr, wo es möglich war, auch das ihm "vernünftig" erscheinende Ergebnis anstrebte.

Die für Noodt typische Arbeitsmethode zeigte sich schon in seinem ersten größeren Werk (Probabilia iuris civilis, 1674). Das gelehrte Interesse an der Korrektur des verderbten Textes durch scharfsinnige Konjekturen und Emendationen überwiegt zwar das Anwendungsinteresse des praktischen Juristen, verdrängt es aber doch nicht ganz. Noodt ist "interpres primarius", und manchmal siegt tatsächlich der Philologe über den Juristen. Bei der Besprechung eines Spätwerks (De usufructu libri duo, 1711/13) sagt auch van den Bergh: "One begins to wonder what is the use of this", ja die Erörterungen hätten "little or no relevance". Aber in den meisten Fällen bereitete doch die Begründung, warum man sich um historisch korrekte Texte des römischen Rechts bemühen solle, den Zeitgenossen keinerlei Schwierigkeiten. Der bessere Text schien bessere Ergebnisse zu garantieren. Auch wenn man sich heute einig ist, daß Noodt nach modernen Maßstäben viel zu großzügig in der Tilgung "überflüssiger" und in der Erfindung "verlorener" Textstücke war, so sind doch viele seiner Verbesserungen von der Gelehrtenrepublik akzeptiert und manche wegen ihrer besonderen Eleganz berühmt geworden, so etwa die verblüffende Lösung, in D. 13.7.13 das "ut" in ein "at" zu verwandeln. Gerade diese Konjektur führte übrigens zu einem kuriosen Prioritätsstreit und Plagiatvorwurf, da ein nahezu unbekannter Marburger Dozent (Johannes Niellus, 1571-1597), den Noodt mit ziemlicher Sicherheit nicht gelesen haben kann, im 16. Jahrhundert diesen Vorschlag bereits gemacht hatte.

Wie stark das philologische Interesse Noodts war, zeigt sich auch an der Schrift "De iurisdictione et imperio libri duo" (1690). Das dort behandelte Thema war für ihn primär ein Problem des richtigen Textes, das er u.a. auch durch Einbeziehung von epigraphischem Material zu lösen suchte. Daß sich zuvor ein Jahrhundert lang heftige politische und staatsrechtliche Debatten um iurisdictio, imperium und maiestas entzündet hatten, spürt man bei Noodt nicht. Politische — und überhaupt anwendungsbezogene — Anspielungen finden sich allenfalls versteckt, so auch in der klassischen Monographie "Ad legem Aquiliam" (1690), in dem Buch über die Bestrafung von Aussetzung und Kindstötung in der Antike (Julius Paulus sive de partus expositione et nece apud veteres, 1700), in den "Observationes" (1706), in der wichtigen Arbeit über den dolus beim Vertragsschluß (1709) oder in dem Buch "Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis" (1713). Insbesondere das unvollendete Spätwerk eines umfassenden Digestenkommentars, das Noodt bis zum 27. Buch vorantreiben konnte, ist mit seiner auf die moderne Historisierung vorausswei-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senden Einstellung zugleich, wie van den Bergh sagt, ein "Schwanengesang" der niederländischen eleganten Jurisprudenz, getragen von dem Glauben, "that better philology makes for purer Roman law and unadulterated Roman law is the best for all human society" (263).
In anderen Werken ist der Gegenwartsbezug allerdings deutlicher. Wenn sich Noodt mit Zins- und Wucherfragen beschäftigt (De foenore et usuris libri tres, 1698) und gegen das kanonische Zinsverbot argumentiert, weiß er als bürgerlicher Niederländer, wovon er redet. Das gleiche gilt für seine philologische Argumentation gegen C. 2.4.18 (Diocletianus et Maximilianus sive de transactione et pactione criminum, 1704), mit der auf subtile Weise gegen aktuelle Mißstände in der Gerichtsbarkeit der Zeit angegangen wird. Noch deutlicher werden die Stellungnahmen des Gelehrten zur Gegenwart, wenn er sich in den Antrittsvorlesungen (Franeker, Utrecht), vor allem aber in den Rektoratsreden in Leiden (De jure summi imperii et lege regia, 1699; De religione ab imperio jure gentium libera, 1706) an die Öffentlichkeit wendet und für die republikanische Staatsform und für bürgerliche Freiheit wirbt. Speziell die Rede über die Religionsfreiheit mit einem Plädoyer für ein absolutes staatliches Interventionsverbot hat diese Öffentlichkeit auch erreicht. "Es ist des berühmten Gerhardi Noodts gelehrte Rede von der Gewissens-Freyheit", heißt es in der Vorrede zur deutschen Übersetzung von 1724, "von sehr vielen vernünftigen Leuthen in Europa so wohl aufgenommen worden, dass die unterschiedliche in Lateinischer, Holländischer, Englischer und Französischer Sprache heraus gekommene Editiones derselben in kurtzer Zeit alle auffgegangen und die Exemplaria angefangen rar zu werden". Der private Hintergrund dieses Plädoyers ist die bewegende und von van den Bergh liebevoll ermittelte Geschichte der Großmutter Noodts, die als "militant old lady" um ihrer religiösen Überzeugung willen ins Gefängnis gegangen war.

Van den Berghs Buch schließt, nachdem die gedruckten Werke eingehend vorgestellt sind, mit kleineren Kapiteln über Noodts Vorlesungstätigkeit, die aus den erhaltenen Manuskripten rekonstruiert wird, über seine Rechtsgutachten im Rahmen der Gutachtertätigkeit der Leidener Fakultät sowie über Noodts Kritiker zu seinen Lebzeiten und danach. Gerade diese kritischen Stimmen geben van den Bergh noch einmal Gelegenheit, Noodts Position in der Wissenschaftsgeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts zu reflektieren und Stärken und Schwächen abzuwägen. Selbstverständlich war dieser bedeutende Romanist ein Kind seiner Zeit, in seinem bürgerlichen Republikanismus, in seinen aufklärerischen rationalistischen Ansichten, in seinen wissenschaftlichen Überzeugungen vom Nutzen gelehrter Arbeit am römischen Recht für die Rechtskultur generell, aber auch für die Juristenausbildung und die praktische Rechtsanwendung. Aber innerhalb des zwischen auslaufendem Späthumanismus und beginnendem Historismus, Frühaufklärung und bürgerlichem Freiheitsbewußtsein liegenden Geländes kann Noodt in der Tat als "one of the great Romanists of

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

his day — and perhaps of all time" gelten (169). Dieses Buch, das dem Gedächtnis von Adriaan Pitlo gewidmet ist, setzt nicht zur Noodt ein ausgezeichnetes Denkmal, es ehrt auch die niederländische Rechtsgeschichte, daß sie sich ihrer großen Repräsentanten in so sorgfältiger, gelehrter und frischer Weise erinnert.

MICHAEL STOLLEIS

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SEGNALAZIONI

Códigos y Constituciones

Francisco Tomas y Valiente, catedrático de la "Universidad Autónoma de Madrid, oggi autorevole Presidente del "Tribunal Constitucional" del Regno di Spagna, raccoglie alcuni suoi recenti saggi (in prevalenza, conferenze e relazioni congressuali), che, per vertere sui grandi temi della storia delle moderne codificazioni e costituzioni, ben si prestano a formare una pubblicazione unitaria. Il risultato è un agile libro (F. TOMAS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones (1808-1978),* Madrid, Alianza Editorial, 1989), che si raccomanda ai lettori dei "Quaderni" sia per l'interesse oggettivo dei temi trattati (interesse che appare vivo non solo per lo storico del diritto ma altresì per il politologo, il costituzionalista e lo storico generale), sia per la preparazione, l'originalità di approccio, l'intelligenza critica dell'Autore. Perché chiunque possa subito convincersi almeno della rilevanza del contenuto, si ritiene opportuno elencare qui le intitolazioni dei contributi raccolti: Aspectos generales del proceso de codificación en España; Joaquìn Francisco Pacheco y la codificación penal; Los supuestos ideológicos del Código Civil: El procedimiento legislativo; La codificación, de utopía a técnica vulgarizada; La Constitución del 1978 y la historia del constitucionalismo español; Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español; El "Estado Integral": Nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada.

PAOLO GROSSI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"La lotta per la scienza del diritto"

Pietro Rescigno, che è un giurista fornito di grossa sensibilità culturale, ha da tempo varato presso l'editore Forni di Bologna una collana felicissima in cui ristampa testi classici del pensiero giuridico moderno facendoli accompagnare dalla introduzione d'un provveduto osservatore odierno (vedine la segnalazione, che ne facemmo alla prima apparizione, sul volume VII (1978). Mai scelta fu più azzeccata che quella oggi operata di riproporre la traduzione italiana del libello di Hermann Kantorowicz "Der Kampf um die Rechtswissenschaft" (Hermann U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, con una "lettura" di Federico Roselli, Bologna, Arnaldo Forni Editore, 1988 - momenti del pensiero giuridico moderno, 5). Il verbo giusliberistico urlato ai quattro venti nel 1906 dal manifesto di Gnaeus Flavius trovò un'eco pronta anche in Italia. In quel primo decennio del nuovo secolo il vecchio legalismo formalistico mostrò, anche da noi, più di un'incrinatura, ed è comprensibile l'entusiasmo con cui un giudice colto e informato, Raffaele Majetti, convinto appartenente alla schiera degli ammiratori del "bon juge Magnaud", si appresta frettolosamente — appena due anni dopo l'edizione tedesca — a tradurre e introdurre nella circolazione giuridica peninsulare il pensiero provocatorio e dissacrante contenuto nell'acceso *pamphlet* kantorowicziano. Chi ha conoscenza — anche sommaria — della vicenda del nostro pensiero giuridico di quel torno di tempo sa bene quanto rumore destasse nella sonnolenta piccionaia dei giuristi italiani il sasso lanciato da Kantorowicz e da Majetti, un rumore presto attutito dalla pervicace volontà della maggioranza silenziosa di esorcizzare appunto col silenzio la provocazione che Gneo Flavio lanciava sul terreno più geloso e impenetrabile, quello delle fonti e della interpretazione della legge, e che, coinvolgendo immediatamente quello della divisione dei poteri, assumeva una valenza squisitamente costituzionale. Federico Roselli, un giudice che si dimostra affine al vecchio Majetti almeno per la curiosità intellettuale e per la meritoria sensibilità culturale, premette alla ristampa anastatica della vecchia nitida edizioncina Sandron una introduzione assai informata, dalla quale il lettore 1989 — soprattutto il giurista distratto catturato dai soli lacci della norma vigente — può rendersi egregiamente conto della vivezza del clima culturale italiano, e cioè anche di cultura giuridica, di ottanta anni fa e può toccar con mano quanto poco provinciale, quanto autenticamente europeo fosse il giurista regnicolo di quell'Italia della *belle époque*. Il provincialismo per il giurista italiano è malattia più di oggi che di ieri, oggi che, malgrado tutta la quotidiana retorica europeistica e malgrado l'imminenza di traguardi sovrannazionali, non ci si solleva spesso di una spanna dal livello della buona tecnica e ci si appaga dei ferri del mestiere che bastano al causidico-mercante ma che sono solo strumentali per il giurista-scienziato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"L'Indice Penale": venti anni di vita

Mario Pisani, sin dall'inizio condirettore ed oggi direttore de "L'Indice Penale", ben conoscendo l'attenzione mia e dei "Quaderni fiorentini" verso quella manifestazione vitale della cultura giuridica che sono i periodici, mi invita a ricordarmi anche della "sua" Rivista e a segnalare ai lettori il provvido volume da lui voluto e organizzato per l'occasione del ventesimo anno di vita: "*L'Indice Penale - Tavole ventennali (anni 1967-1986)*, a cura di M. Bonetti, C. Pricolo, P. Veneziani, Padova, Cedam, 1988, pp. 242. È una segnalazione che faccio personalmente e ben volentieri, non tanto per compiacere a un vecchio amico, quanto per un cumulo di motivi che mi è gradito qui palesare.

Perché si tratta non di un elenco rudimentale, bensì di un volume riepilogativo accuratissimo, un vero e proprio inventario fedele della attività di un ventennio, come ogni Rivista dovrebbe periodicamente compiere, sia per offrire oggi un utile strumento all'operatore del diritto positivo, sia per offrire domani uno strumento addirittura indispensabile al futuro storico della cultura giuridica (nel momento in cui il nostro Centro sta curando il censimento delle Riviste italiane dal 1865 al 1900, io sto verificando con Carlo Mansuino — che è pure un bibliotecario provetto — quanto negativa sia la mancanza quasi generale di ausilii di tal genere). Il volume è diviso in tre parti. La prima ("Le rubriche") organizza il materiale secondo le rubriche tradizionali de "L'Indice Penale": "saggi e rassegne", "l'indice dei libri", "l'indice delle Riviste", "leggi e progetti in Italia e all'estero", "echi e testimonianze", "tribuna libera", "pagine da ricordare", etc... La seconda ("Gli argomenti") lo organizza secondo i contenuti, in una elencazione alfabetica che va da "Aborto" a "Voto, diritto di" (un solo rilievo: perché non aggiungere anche un utilissimo indice generale degli Autori?). La terza — che è una appendice — è invece destinata a riprodurre la presentazione della nascente Rivista che redasse nel '67 Pietro Nuvolone, e ad ospitare un breve, puntuale saggio di Mario Pisani su "Pietro Nuvolone e L'Indice Penale", un colloquio dell'allievo col maestro scomparso, scritto col cuore ma senza stucchevolezze, con eleganza ma senza manierismi, interessante invece per la collocazione culturale della Rivista e del suo Fondatore.

Perché "L'Indice Penale" è una Rivista giuridica dai particolari meriti. Se nel Convegno fiorentino dell'83 non se ne parlò, lo fu soltanto perché in quella sede si dovette dare ospitalità di voce soltanto ai Direttori di alcune Riviste centrali e, nell'area penalistica, la scelta per la "Rivista italiana di diritto e procedura penale", presente nella persona del suo Direttore Cesare Pedrazzi, era motivata proprio dall'essere quel foglio — anche in virtù della sua lunga e autorevole esistenza — l'espressione più compiuta di periodico penalistico italiano. "L'Indice Penale" è, sicuramente, una Rivista — si direbbe — d'autore. Creatura voluta, progettata, organizzata da un notevole uomo di scienza, essa rivela per quasi venti anni, dal '67 all' '85 data della morte prematura di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nuvolone, se non una identificazione, almeno una perfetta simbiosi col personaggio-guida (del resto, perennemente presente in ogni fasciolo). Nuvolone la volle all'insegna della novità, "come una Rivista che non intende ricopiare gli schemi abituali in materia penale»; nuova "per i suoi rapporti con le altre Riviste; che non vogliono nè possono essere di concorrenza, ma anzi di coordinazione per individuare i filoni essenziali del pensiero scientifico penale"; nuova "per il linguaggio ed il metodo: che vogliono essere tali da permettere un dialogo a livello elevato non solo coi tecnici del diritto, ma con tutti coloro che, pur appartenendo al mondo dei laici, sono interessati ai nessi tra le varie scienze e tra le varie scienze e la realtà"; nuova per lo spazio che vi si prevedeva per "una vera e propria opera di collaborazione" da parte del giurista verso il legislatore, tenendo ben presente "che lo scienziato del diritto deve tendere soprattutto all'elaborazione di buone leggi". Alla base , la dialettica fertile tra "le costanti del pensiero giuridico" connotate da una inclinazione all'immobilità e il dialogo fra giurista e società, che ha da esser mobile e cangiante "se non si vuole rimanere confinati nel ruolo di imbalsamatori di un'augusta tradizione". A "L'Indice Penale" Nuvolone affidava il compito difficile di tener dietro "a queste esigenze di conciliazione e di sintesi tra le 'costanti' e le 'variabili'. Il Fondatore e i suoi collaboratori nella direzione sono riusciti, per buona parte, a realizzare un programma, che — alla prima — sembrerebbe assolutamente velleitario; le tavole ventennali ne sono eloquente dimostrazione.

Perché parlare de l'"L'indice Penale" mi consente di parlare, anche se frettolosamente, di Pietro Nuvolone e di rendere schietto omaggio a un collaboratore mancato di questi "Quaderni". Quando infatti gli amici patavini mi inviarono il libretto che conteneva "Gli ultimi scritti e la lezione di congedo" di Giuseppe Bettiol, mi parve che i "Quaderni" dovessero trattarne e trattar d'un uomo che aveva profondamente sentito il diritto penale anche come "politica" e come "pensiero". Consigliato da un Collega fiorentino proposi a Nuvolone di scrivere del libretto e soprattutto dell'uomo, di trarre occasione dal libretto per parlarci di un personaggio con cui egli aveva avuto familiarità e molte consonanze. Conoscevo Nuvolone ma solo per contatti episodici, e, pensando al grande avvocato oppresso da troppi impegni, scrissi la proposta collaborativa svogliato e diffidente. La risposta arrivò subito con l'accettazione entusiastica. Nella lettera — datata 18 marzo 1985 da Milano — dopo un apprezzamento benevolo sui "Quaderni", egli si diceva "lieto di questo incontro scientifico", aggiungendo: "mi commuove il pensiero che tu abbia pensato a me per un articolo dedicato al mio grande amico Giuseppe Bettioli". Poi la morte improvvisa falciò e seppellì il proposito, e Pietro Nuvolone è restato tra i collaboratori mancati. Ma il suo gesto di generosità e di amicizia va ricordato nel momento in cui si segnala un inventario zeppo di vita della sua prediletta creatura.

P.G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una ristampa benvenuta

L'editore "Siglo veintiuno de España" ripropone opportunamente la ristampa di un libro pubblicato originariamente nel 1974 e ormai divenuto introvabile, un libro che costituì allora una già compiuta testimonianza della preparazione e dell'ingegno d'uno studioso che sarebbe ben presto divenuto un personaggio di spicco della nuova storiografia giuridica spagnola, Bartolomé Clavero. Ci riferiamo a: *Mayorazgo — Propiedad feudal en Castilla 1369-1836*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1989. Posto che il tema, come precisa l'Autore, è "la exposición del proceso de génesis, desarrollo, consolidación, crisis y abolición de la constitución jurídica de la propiedad territorial laica en Castilla desde una reacción — 1369 — hasta una revolución — 1836" , si capisce l'interesse alla lettura anche da parte dello storico non spagnolo del diritto. Un interesse che è accentuato da due constatazioni: l'attitudine metodica di Clavero a sorprendere il diritto come realtà speculare dell'intiera civiltà circostante e la rilevanza socio-economico-politica di un istituto come il maggiorasco rendon questo volume qualcosa di profondamente diverso dalla storia di un espediente tecnico; la presenza in questa edizione — accanto alla ristampa del testo del '74 — di una appendice novissima su "La institución del mayorazgo entre Castilla y Europa", dove lo sguardo dello storico si allarga ben oltre i confini iberici, offre un panorama comparativo ricco di dati e di suggestioni.

P.G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

DEL ESTADO PRESENTE A LA FAMILIA PASADA

(a proposito de estudios acerca de la *Famiglia Aristocratica* así como tambien de la *Familia Mediterránea*)

La definition de République touche la famille
BODIN

1. *Dilatación de unos dominos*

Cesare Mozzarelli presentaba en 1985 una primera parte màs histórica de los dos gruesos volúmenes colectivos sobre *L'Amministrazione nello Stato Moderno* que editara el *Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica*. En la praxis de esta historia detectaba un importante cambio de rumbo producido muy pocos años antes: "Ya dificilmente se hace concatenando instituciones públicas como una historia de la administración del Estado moderno"; "el nexo historiográfico referente al antiguo régimen entre estructura social y forma política se ha complicado de tal modo... que ya no se logra conectar *Estado* y *sociedad*"; la misma instancia jurídica, o más exactamente jurisprudencial, ahora aparece "como función y producto mucho menos de una hipotética administración estatal que de un estamento hegemónico en el gobierno de la sociedad".

Un primer estudio de aquella empresa colectiva, primero justamente por versar sobre *La dimensione amministrativa nella riflessione politica (secoli XVI-XVIII)*, se encargaba a Daniela Frigo, esto es, a una especialista en *oikonomia*: la economìa doméstica o latamente familiar que era ciencia básica todavía por entonces, hasta el XVII al menos inclusive, de la administración social; a continuación publicó *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'"economia" tra Cinque e Seicento* (Bulzoni, 1985). Para que nada extrañase, el título general de esta parte histórica de *L'Amministrazione nello Stato Moderno* era *L'Amministrazione prima dello Stato*. Estábamos, no en alguna prehistoria ni tampoco en tiempos medios, sino en la edad dicha moderna.

Introduciendo el conjunto de la obra, como director del ISAP, Ettore Rotelli no parecía acabar de entender la paradoja de una administración de estados antes del Estado; junto a Pierangelo Schiera,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

había podido conducir personalmente hacia ella con la magna recopilación de tres volúmenes sobre *Lo Stato Moderno* (Il Mulino, 1971-1974), de una variedad de perspectiva que ya podía pugnar con la unidad de concepto. Mozzarelli se muestra en cambio ahora más al tanto. Ya nos explica que la misma datación del nuevo rumbo era algo posterior, del cambio de década. En otros lugares ha insistido (colectivo *Culture et Idéologie dans la genèse de l'Etat moderne*, Ecole Française de Rome, 1985). Sólo ahora, en los años ochenta, se habría definitivamente desencadenado una crisis incubada durante los setenta (recensión del mismo Mozzarelli en estos *Quaderni*, 10, 1981, a *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, Il Mulino, 1979, con un interrogante final que tendría una respuesta trágica: *Chi ha paura di Roberto Ruffilli?*).

Es una crisis también contemporánea. Ruffilli quiso responder con la inteligencia y se encontró con la respuesta terrorista (en estos *Quaderni*, 17, 1988, una sentida *memoria* debida al propio Mozzarelli). Ejerzamos la primera también por lo que hoy importa, pero mantengamos distintas las cuestiones. La nuestra siguesiendo tan sólo la histórica: la salida para la edad moderna del ensueño estatalista. Nuestra cuestión es aquí en exclusiva la historiográfica. Nos encontramos con una *crisis* actual del *Estado moderno* histórico que puede sumir en la perplejidad a sus mismos conocedores. Dada la hipoteca de una historiografía que parte del *Estado moderno* presente, nada hay en esto, estrictamente en esto, que deba sorprender.

Tampoco debe hacerlo que el propio Mozzarelli patrocine otro par de volúmenes sobre *"Familia" del Principe e Famiglia Aristocratica* (Bulzoni, 1988), otra investigación acerca, no del *Estado moderno*, sino de la *Familia moderna*. Es una salida. Otra indagación ya empieza por no ser. No se pasa, por pérdida de interés y agotamiento de objeto, de una materia a otra, como de la pública a la privada, sino que, por consecuencia de planteamiento y apertura de horizonte, se permanece en un mismo campo: el que a unas mismas cuestiones puede corresponder un vez que se tiene su terreno despejado. Para esta época, desaparecido *el Estado*, aparecería *la Familia*.

Según expone Mozzarelli en su nueva introducción, ante el historiador de la edad moderna se hace de este modo perceptible y palpable una estructura diferente y extraña a la que suele entenderse por moderna: "un orden que ni siquiera conoce la separación entre publico y privado, entre gobierno de la casa y gobierno de la ciudad, entre padre y príncipe", un ordenamiento que precisará de "fracturas", "las novedades introducidas por la Revolución", para que se entre en la modernidad, no de *familias*, sino de *individuos* y de *Estados*, como usual y ciertamente se entiende. Antes de la *Revolución*, tales *novedades* no se producirían.

"Familia" del Principe e Famiglia Aristocratica copiosamente cosecha trabajos particulares que interesan al tema general. No sólo se contemplan casos de familias anunciadas en el título, las principescas y

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

las nobiliarias, sino que también se incide en la consideración de otras no menos importantes al efecto, así relativamente eclesiásticas como las cardenalicias. Y tampoco se trata tan sólo de familias italianas. Estamos ante una iniciativa de más amplio respiro para el estudio de la *Europa delle Corti*, conectándose con la sociología histórica que, por mérito de Norbert Elias, ha venido a este campo. Mozzarelli ya era corresponsable del título *La Corte nella cultura e nella storiografia. Immagini e posizioni fra Otto e Novecento (Bulzoni, 1983). No es en fin la historia familiar especializada, que también hoy tiene su propio cultivo, sino otra que ya nace con este concreto horizonte. Se mantiene el transfondo menos particularizable de una problemática política que así conduce, con sus intereses proprios, al estudio de familias.*

Un surtido de casos se abordan, mas la acumulación de por sí no ilumina. Se es consciente. Antes de entrarse en la fenomenología, o en las tipologie que se dice con el objetivo siempre menos casuístico, se incluyen un par se secciones: *La Dimensione teorica* e *"Institutio" ed "Economica"*. Son dos preliminares conceptuales de diversa factura y concepción. Lo ofrece más abiertamente el primero, pero tampoco parece que baste. Teoría que pudiera más generalmente interesar no falta en todo caso para esta historia.

Dimensión teórica es una contribución sola: Lorenzo Ornaghi, *La "bottega di maschere" e le origini della politica moderna*. Hay juego de metáforas porque hay orígenes: porque se vuelve al planteamiento palingenésico. La *máscara* encubre el retorno, o más bien la resistencia, del *Estado moderno*: "La creación de ficciones parece representar el rostro realista de la política". Ficciones son nuevamente los *status* que sólo se miran como larva y crisálida del *Estado*. Si se logra así *la teoría* es porque no se tiene *la historia*. No era ésta la dimensión que le interesaba.

Aunque peor así situada, otra teoría realmente trae la sección segunda que ya se decía *economica*. Tampoco es muy nutrida. No está Frigo, que aquí se ocupa del caso particular de la corte saboyana. Son dos contribuciones, de títulos más modestos: Paul Lariavaille, *Familiari, consiglieri, segretari ne "Il Principe" de Giambattista Pigna*, y Paolo Pissavino, *Il "De Officiis" de Della Casa e alcuni raffronti metodologici*. Y la modestia rinde: la lectura más confiada de manifestaciones de la época abre el campo de mira que nuestra teoría había cerrado.

Véase particularmente la exposición de Pissavino. A partir de textos concretos como el que registra el título, se abre la visión de una sociedad cuyo vínculo elemental no es tanto el feudal ni el señorial como tampoco o aún menos el político, sino uno que rehuye el reconocimiento de la supeditación y que puede precisamente definirse a partir de unas relaciones familiares no recluídas en el ámbito del parentesco. Así comienza: "Si bien se mira el léxico de las funciones y roles de la corte, el apelativo de *amici* con el que venía a presentar el *De Officiis* de Della Casa los componentes de la familia cardenalicia y principesca, no representaba un mero añadido respecto a otros como el de sirviente...".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ya se rehuía *l'odioso nome di servitù*, pero sin salirse por ello, para unas bases, del universo doméstico que también había sido el feudoseñorial. Una continuidad ya también hay, con novedad de lenguaje que, según justamente nos advierte Pissavino, no es retórica literaria, sino síntoma social. Ya suele el historiador convencional pensar en cambio lo primero, escapándosele efectivamente las claves de una sociedad que, manteniendo la explotación servil, prefiere recomponer su orden, y no sólo imaginárselo, en base a supuestos más integradores de carácter parafamiliar, matriz religiosa y entidad corporativa.

Familles alliees par amitié sont membre d'un corps et communauté, ya decía Bodin, después de haber expuesto además que en la familia existe no sólo la *puissance maritale* y la *paternelle*, sino también la *puissance seigneuriale*; ulterior es el universo de la amistad como lo será el de la soberanía: *Corps et communautés alliés par puissance souveraine font une Republique*. Los cimientos son en efecto domésticos; lo son también, con el concepto latamente familiar del vínculo corporativo y comunitario de la *amicitia*, las vigas maestras, cerrando aguas la soberanía. Como la economía era doméstica, la política es familiar.

La cuestión no es sólo de familia. El mismo Mozzarelli patrocina y presenta recientemente también un volumen de objeto corporativo: *Economia e Corporazioni. Il Governo degli interessi nella storia d'Italia dal Medioevo all'Età Contemporanea* (Giuffrè, 1988). Ya aparece como una empresa más distinta cuando quizá siga importando a una mismísima problemática. Mantiene el método de colección de trabajos particulares, con alguno de planteamiento, y no sólo interés, más general. Una sección de *Fondamenti corporativi del sistema d'antico regime* incluye contribución de Frigo: *La "civile proportione". Ceti, principe e composizione degli interessi nella literatura politica d'antico regime*.

Frigo contempla relaciones y vislumbra distinciones: "Tierras, oficios, deuda pública..." resultan formas diversas de renta con las que se componen unos sectores dominantes y entre las que tiende a distinguirse "un ámbito económico y otro político", quedando la gestión del primero en manos de "cuerpos sociales, desde la familia a las organizaciones del estamento". Ya en la misma economía, doméstica, entran derechos tanto señoriales como cortesanos, políticos. Y el conjunto del volumen se preocupa particularmente por la otra economía, mercantil: también entonces corporativa. La presentación incide en el nudo.

"Que política y economía no constituyan ámbitos separados, que no lo sean público y privado, estado y mercado, es cosa ya bien sabida", así se inicia la nueva introducción de Mozzarelli. Ya en efecto se sabe: evidencias tan elementales no se han percibido usualmente por los historiadores porque "pesa la hipoteca de la interpretación unilateral y racionalizante del *Estado moderno*". Pero esta presentación, como el propio volumen, ya no sólo se refiere a su edad. Estas mismas aseveraciones ahora parecen de valor más intemporal. Se está mirando también

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a un presente en el que *el Estado* hace quiebra y *el Mercado* ya hizo crisis.

Convenía mantenerse las cuestiones separadas. Unas circustancias actuales podían abrir los ojos, pero el problema histórico es otro. Aunque menos se haga ahora notar, el volumen corporativo no tiene por que constituir tampoco una investigación diferente a la de *L'Amministrazione prima dello Stato* o la de *La Famiglia Aristocratica*. Nos arriesgamos a perder nuevamente la captación de un tiempo si volvemos a convertirlo en reflexión del nuestro. No nos quedemos prendidos de la transparencia engañosa del espejo. El *Estado* y el *Mercado* representan hoy todavía algo, más desde luego que entonces.

Del *Feudo* no se pasa al *Estado* o del *Señorío* al *Mercado*; por poco que nos gusten las edades, hay realmente, entre la medieval y la contemporánea, una moderna. Hay una edad oscurecida por genealogías. Dejó su teoría, que no era génesis. Sigue sin saber hacerse valer, con un complejo de inferioridad que impide identificársele en su entidad. La anteposición de otra *dimensión teórica* revelaba un desconcierto de la obra colectiva que más agudamente puede acusarse en algunas contribuciones singulares. Ni siquiera falta, en los volúmenes de la *Familia*, la que se sitúa pacíficamente en el paradigma del *Estado moderno*. Aquí nos interesa lo primero: la coyuntura desconcertada y desconcertante de la historiografía incluso avisada. Concibe y no reconoce su objeto. Hay dificultades de método.

2. *Desigualdad de unas ocupaciones*

¿Algún procedimiento menos acumulativo puede facilitar las cosas? ¿Una concentración del recorrido cabe que más fácilmente conduzca al objetivo? ¿Puede incluso lograrlo el cultivo más intensivo de un solo caso? Miremos a la Italia meridional hispana. Acercamientos bien recientes no falta: Maria Antonietta Visceglia ha reunido sus trabajos sobre la nobleza napolitana, que viene publicando desde 1980, en *Il bisogno di eternità. I comportamenti aristocratici a Napoli in età moderna* (Guida, 1988). Sus miras también son de comprensión sociólogica de un tiempo histórico. Su punto de partida es otro, menos quizá a la moda, pero al tanto igualmente de ella. Atiende cuestiones de esta coyuntura historiográfica.

Visceglia parte de una indagación de objeto más material: *Strategie successorie e regime dotale*. Se ocupa de disposiciones sucesorias y de capitulaciones matrimoniales de la nobleza, no por seguir de entrada la corriente historiográfica de la reconstrucción de mentalidades que también ha venido al estudio de testamentos, sino para una obra más tangible: la del conocimiento de unos patrimonios y de sus modos de circulación social. Ilumina la existencia de un específico ordenamento moderno, estructurado en el siglo XVI, que desde perspectiva más extrínseca o menos familiar también ha visto a un mismo tiempo, desde

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un ámbito más especializado de historia del derecho, Aurelio Cernigliaro en su *Sovranità e feudo nel Regno di Napoli, 1505-1557* (Jovene, 1984). En la historia general que hoy es socioeconómica, tampoco ha escapado, con unas páginas sobre *l'état, le fief, le capital, le linage,* a Gérard Delille, *Famille et propriété dans le Royaume de Naples (XVe-XIXe siécle)* (Ecole Française de Rome, 1985).

Con el objeto patrimonial, puede parecer que se comienza por la base, pero este firme más materialista resulta que falla. Con datos sustanciosos pero sin conceptos significativos, la interpretación en concreto de Visceglia tiende a ser intuitiva. Habría una alternancia entre diversas prácticas sucesorias, y no, según parece resultar de la misma estrategia jurídica que contempla, una novación del orden feudal en otro precisamente por caracterizar; la primogenitura castellana sería una referencia irrelevante, y no, como igualmente parece y por mi parte considero en la segunda edición de *Mayorazgo* (Siglo XXI, 1989), el modelo europeo de una antropología nobiliaria bien significativa para dicha misma caracterización... No todo se refleja en los testamentos ni todo puede entenderse a partir del dato documental.

Pero la preocupación de Visceglia es también más amplia. Su volumen incluye otros capítulos: *Scegliere la sepoltura* y *La donna aristocratica*, más un estudio de caso, *Una storia di famiglia.* Se asoma al mundo corporativo por medio de una geografía urbana de la sepultura nobiliaria; penetra en el mismo orden familiar a través de la condición de la mujer dentro del estamento nobiliario, *tra modelo cortigiano e ideale cavalleresco...* Este último capitulo resulta especialmente interesante, no tanto por lo que añada en cuestiones de régimen dotal o de disposición patrimonial femenina, sino por las posibilidades intelectivas que aportan unas fuentes.

Interesándose por su sexo, Visceglia ya no se queda en las cuestiones más materiales. Le importa lo que sobre la mujer predicara una literatura no sólo de moral, o de comportamientos más individuales, sino también de derecho, o de estructuramiento más social. Así entra en contacto con obras como el *Legalis Androgynus* de Carolo Rota o con algún escrito también de un máximo exponente de la jurisprudencia moderna, el cardenal De Luca, aunque sólo sea con sus *discorsi familiari*: *Il Cavalliere e la Dama* (una cita del *Theatrum* es puramente protocolaria). El mismo honor sexual puede revelársele entonces como pieza de un orden de honores que nada al sexo le honra. Ya sabemos que se preferían vinculaciones distintas a las de servidumbre más directas y que no se trataba tan sólo de la ocultación ideológica de una miseria social.

Sólo es un asomo. ¿No sospecha la autora que ha dado con un filón para la propia inteligencia de las cosas que viene considerando? Que el mundo de la jurisprudencia es más ancho ha de constarle: tiene a mano el *Mayorazgo* o el tratamiento más cercano de *Sovranità e feudo*. ¿O es entonces que no convencemos respecto a la importancia de esta literatura? La misma ya es visible, aun con su restricción privatista, gracias a un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

instrumento que no sólo habrá de interesar al especialista: el *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* dirigido por Helmut Coing (C.H. Beck, desde 1973). Tal vez seamos nosotros, al fin y al cabo sus especialistas, quienes no acabamos de saber cómo ponerla en explotación. Hay un déficit historiográfico, pero no del derecho histórico, sino de la historia jurídica.

Aurelio Cernigliaro ha vuelto sobre el tema. En una recopilación de trabajos propios recientes, *"Patriae Leges, Privatae Rationes". Profili giuridico-istituzionali del Cinquecento napoletano* (Jovene,1988), un capítulo intermedio se dedica a extremo que puede decirse crucial: *L'Obbligazione reale di garanzia. Aperture e resistenze alla patrimonializzazione del feudo.* Se progresa en la penetración tanto de una fuente nada sencilla, la jurisprudencia, como de una cuestión bien compleja, el régimen jurídico de los patrimonios feudales. Su visión es menos extrínseca que en *Sovranità e feudo.*

Pero sigue privando una forma de acercamiento más bien intituitivo. Entre poder institucional y crédito económico, entre *Estado* y *Mercado* si quiere abusivamente decirse, estamos ante el magno problema de la responsabilidad patrimonial de las casas señoriales y, más que un entendimiento de mecanismos básicos, se nos ofrece la sucesión de unas modalidades, fundamentales para la apreciación del desenvolvimiento de unas relaciones entre sectores sociales y políticos, pero secundarias para el análisis de la constitución de una sociedad. Nos encontramos con la *historia del derecho,* menos de por sí preocupada por la coyuntura más general de la historiografía. Y la reciprocidad existe. Se abren en la primera unas posibilidades que siguen cerradas para la segunda.

El handicap ya se conoce en lo que importa a la historia jurídica. No se ha atravesado el estado de conciencia que representaba Mozzarelli o ni siquiera el momento de perplejidad que personificaba Rotelli. Aun con todo su manejo de literatura de época, con su dominio de la jurisprudencia, Cernigliaro más bien todavía se mueve, entre la *sovranità* y la *patrimonializzazione,* con categorías solapadamente *modernas,* de la modernidad que se nos decía anacrónica. En la historia del derecho, que ya cuenta con una jurisprudencia de verdadera capacidad teórica, los conceptos fundamentales no es raro aún que procedan más de la cultura del sujeto que de la del objeto. Empieza por faltar la reconstrucción de estos mecanismos no poco básicos: unos conceptos. Pero se está para ello en la mejor posición, si todavía no en la disposición.

Decía que es intermedio el capítulo de Cernigliaro. En "*Patriae Leges, Privatae Rationes*" va en efecto precedido por uno que trata de la posición del reino dentro de la Monarquía Católica, *Accentramento spagnolo e autonomia costituzionale* con términos también todos problemáticos para entonces, y seguido por otro que versa sobre la jurisdicción señorial, *Giurisdizione baronale e prassi delle avocazioni.* Se contempla la acentuación inicial de un poder regio en el XVI y la reafirmación subsiguiente de la función de los señores. Interesa el con-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

texto: extremos de orden familiar que no son sólo de las dinastías regias, regímenes como el de la sucesión o el de la dote, no resultan nada ajenos a la propia articulación de lo que, a falta de mejor nombre, se sigue teniendo la licencia no siempre alerta de llamar singularmente *lo Stato*.

Llamarle *la Famiglia* sería desde luego otro abuso. Pero êste no es el tema. La cuestión de los conceptos no radica en los nombres, sino en sus fuentes: en los textos por los que sólo pueden legítimamente conocerse. Tienen que ser de época y de la suficiente entidad teórica. Igual que el documento, lo mismo que el texto, *la teoría* no es traslaticia. No debe serlo. Y no puede además extraérsele de donde no la hay. Y la de entonces se contiene en *la jurisprudencia*. De la política a la economía, todo es todavía *Ius Civile*, o todo gira aún en torno a su cuerpo también celeste, con su aditamento canónico. En su misma virtud se constituye, componiéndose corporativamente de familias, la *Respublica*. Hay algo más que la base familiar de partida. No sólo Bodin lo advertía.

No sólo Bodin nos notifica lo que entonces era la familia: no meramente la unidad de formación de la república, sino el elemento de su composición, ya de por sí compuesto con su propio ordenamiento interno: disposiciones sucesorias y capitulaciones matrimoniales, de objeto directamente político en los casos señoriales o de jurisdicción. La jurisprudencia de esta materia lo comunicará de hecho mejor. *Totidem fere leges habeantur quot domus*, ya tempranamente decían las *Quaestiones de iuris subtilitatibus*. Podría ser el título de un libro sobre la antropología política de la Europa moderna: *Tantos ordenamientos como familias*, al menos entonces las aristocráticas.

En tanto que nada se atienda, no se insistirá lo suficiente en la elemental circunstancia de que el *derecho* constituye la construcción social orgánica de la edad dicha moderna, no necesariamente por ello de otras. Pero en ésta estamos. Frigo, como antes también al mismo Schiera, podía detectar la gestación de una *politica* o de una *economia* que todavía en comparación no alcanzan una mínima consistencia propia. Frigo, como ahora también el propio Pissavino, se las entiende con textos menos técnicos, de menores posibilidades a nuestro efecto. De Pierangelo Schiera particularmetne me refiero al estudio de la literatura fiscalista de carácter financiero que algo ya se diferenciaba de la jurídica, con su obra mayor *Dall'Arte di Governo alle Scienze dello Stato* (Giuffrè, 1968). Ya hemos recordado la colección capital sobre *Lo Stato Moderno* que posteriormente realizara junto a Ettore Rotelli.

Decimos que el más descuidado derecho, o su expresión eminente de época que fuera la más desatendida jurisprudencia, ofrece las mayores posibilidades de penetración en unas estructuras. Pero no puede darse tampoco la relevación por pacífica mientras que se contente con iluminar, si acaso, a los especialistas. Iluminados en exclusiva, encerrados con el solo juguete del derecho, para nada valen ni sirven la mismas reglas de su juego. Es social. Necesita de otros conocimientos: de unos reconocimientos. ¿ Qué aporta la jurisprudencia que unos higiénicamente desprecian y otros estérilmente frecuentan? ¿ Para qué puede

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

servirle a una historiografía que, ya sin ella, probadamente avanza en el entendimiento de las peculiariedades constitutivas de esta sociedad histórica?

Retomemos nuestro principio. Había un problema que afectaba a toda la empresa. Se ha perdido el elemento conductor y articulador que suponía la idea de Estado. Por mucho que nos resistamos y pese a quien pese, ésta es hoy la situación. Pero por ello no nos resignamos a la recaída en la historia casuística y acumulativa, sin tipologías ni analíticas. Mozzarelli ha señalado algo: una cultura jurídica entonces presidía el orden social, mas el remedio se ha buscado por otra via: una politología menos precisa, realmente superpuesta, sin mayor significación para la propia investigación. ¿ No se ha perdido con todo la misma sugerencia? En aquella cultura no se entra. Y la dolencia de la historia, en vez de aliviarse, se consuela con metáforas. Ya lo era, sin saberlo, para esta época el Estado.

Para la propia investigación empírica, para poderse entrar llanamente en ella, parece tenerse en efecto necesidad de dichacultura. ¿ Con qué otro bagaje pueden captarse los mismos datos? Sin *el Estado* y su panoplia de categorías, sin *el Mercado* y su constelación de ideas, sólo queda el universo mental de *la Jurisprudencia*, de aquella precisamente mediante la que se nos decía que se realizaba el mismo gobierno social. Si no se acepta que la teoría precisa sólo puede venir de fuentes de entitad teórica como ella, admítase al menos que el documento mal puede traerla. No se encontrará en el archivio sin biblioteca.

Sin jurisprudencia, por mucho que una historia se haya querido general o incluso total, el mismo firme le falla. Las dificultades ya se han visto en unas jornadas de este *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* en abril de 1985 y ahora las vemos en sus actas: *Storia Sociale e Dimensione Giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro* (Giuffrè, 1986). Unas páginas de Francisco Tomás y Valiente mostraban el vacío en la obra de Fernand Braudel, interrogándose: "¿Por qué ese silencio sobre el Estado y el Derecho?". Pero, tratándose de la edad moderna, ¿por qué ya de entrada la dicotomía, con anteposición además de la figura del poder a la del orden: *el Estado y el Derecho*? ¿Por qué no *la Iglesia y el Derecho* entonces? ¿O por qué no *el Derecho y la Familia*, o *el Derecho y la Corporación*, mejor?

El problema ya puede consistir en que no se mira al Derecho cuando se contempla el Estado o que es éste el que en primer lugar se observa. En un paisaje sin Derecho, enseguida aparece el fantasma del Poder o su fantasía: *el Estado moderno*. La misma abstracción previa de su concepto respecto a la sociedad de la edad moderna nos conduce a la ficción aún por muchos esfuerzos que ulteriormente se hagan por la reconexión: Perry Anderson, *Lineages of the Absolutist State* (New Left Books, 1974). Su consecuente refundición conceptual con el Estado presente impide la reconducción aún por mucho que tambien luego se haga en orden a la respectiva ubicación: Gianfranco Poggi, *The Development of the Modern State. A Sociological Introduction* (Hutchi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nson, 1978). Aun guardándose las apariencias, *la vicenda dello Stato moderno*, puede estar tocando sencillamente a su fin. Y la Familia alborea.

3. *Insuficiencia de unos títulos*

Un verdadero militante y verdadera autoridad de la historia que se ha dicho total, reforzada además en su caso por una concepción paladinamente materialista, con una obra que también llanamente ignora la dimensión jurídica, ha venido a la consideración protocolaria precisamente de la familia. Me refiero a Pierre Vilar, quien se ocupa últimamente de presentar un volumen colectivo de iniciativa española: *La familia en la España mediterránea. Siglos XV-XIX* (Crítica, 1987). He aquí en efecto la familia, con su determinación histórica y geográfica.

Saluda Vilar el nuevo objeto: "Ayer era *identidad*. Anteayer fue *muerte*, o *miedo*, o *vida privada*. Y naturalmente, *familia*", con alusión sin duda muy particular a Georges Duby: desde el coloquio de 1974 que dirigiera junto a Jacques Le Goff, *Famille et parenté dans l'Occident médiéval* (Ecole Française de Rome, 1977), hasta sus más personales *Le chevalier, la femme et le prête* (Hachette, 1981), más su ulterior comprensión del tema en una *Histoire de la vie privée* (Seuil, 1985-1987) y su contribución de respaldo a una más universal *Histoire de la famille* (Armand Colin, 1986), ambas obligadamente de nuevo empresas colectivas. Aparte excursiones previas del propio Duby (*Hommes et structures du moyen âge*, Mouton, 1973), había precedido número especial de *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 27, 1972, *Famille et Société*, y abierto en esta historiografía antes camino, que ha tardado ciertamente en transitarse, Philippe Ariès, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime* (Plon, 1960). Se dice que abrió un campo: Jean-Louis Flandrin, *Le Sexe et l'Occident* (Seuil, 1981, cap. 9). Campo y objeto ahora Vilar los sitúa: "Todo ello en el marco más amplio ya conocido como *mentalidades*" y en una progresión que, según su constatación misma, negativamente afecta al "hermoso sueño, sin duda algo utópico, de la *historia total*".

Resultan efectivamente objetos que, al irse sumando a la historia, van dejando en evidencia su misma pretensión de totalidad. A su propia obra, de una historia realmente socioeconómica con dicha vocación totalista, confiesa Vilar ahora que "le falta todo el funcionamiento político, toda la culminación cultural", en una palabra y aunque así no lo exprese, cubriendo de la cultura a la política: le falta *el derecho*. Resulta un reconocimiento verdaderamente duro para una vida consagrada a practicar y teorizar otra cosa. En el volumen que Vilar con tal sinceridad presenta, Enrique Gacto se ocupa de un capítulo sobre *El grupo familiar de la edad moderna en los territorios del Mediterráneo hispánico: una visión jurídica*. Alaba el presentador la precisión: "visión jurídica". Esta discreción del uno, el jurista, puede seguir precisamente permitie-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ndo la inconsciencia del otro, el historiador, aun ya ésta con todo relativa.

Conciencia se tiene por fin del déficit que se ha provocado, pero no del crédito que pudiera solventarlo. La dimensión socioeconómica que se pretendió total ni siquiera ofrece el fundamento. La base de partida ya debía ser la que apuntaba Mozzarelli y no la que adoptaba Visceglia. En esto hay que ser forzosamente idealista. Antes que los datos brutos, interesan otros que también son datos: unas categorías sociales. Importa en efecto *la mentalidad*, mas tampoco por ella misma, sino como elemento socialmente constitutivo. No es *la historia de las mentalidades* la que se precisa. Este objeto no tiene por sí mismo existencia; su sociedad se la presta. Pero el orden tampoco existe por sí solo; precisa de la cultura. No puede distinguirse una *estructura política*, Estado o Familia que se quiera, y una *mentalidad social*. Aquella es ésta cuando una sociedad ha desaparecido dejando el testimonio. Y éste era el material de trabajo de Cernigliaro. Es el campo de cultivo, no por ello de propiedad, de una historia del derecho.

Hay *lezioni di storia del diritto* que impartir sobre la materia: desde la familia misma (Manlio Bellomo, *Profili della famiglia italiana nell'età dei comuni*, Giannotta, 1975) hasta su significación más que familiar (Umberto Santarelli, *Mercanti e società tra mercanti,* Giappichelli, 1989). Las hay también que recibir. Contémplese el debate que suscita Julius Kirshner (*Women of the Medieval World. Essays in Honor of John H. Mundy*, Basil Blackwell, 1985), tocando un particular tan específico (véase Bellomo, también sus referencias monográficas) como sensible (míree Santarelli, no sólo su capítulo II-III): hasta qué punto atraviesa por los tiempos bajomedievales, pasando a los modernos, un favor de la dote y de qué forma su régimen no representa el favorecimiento de un sexo, sino una antropología familiar que lo sujeta y supedita. Es un extremo de mentalidad transitiva: expresa hoy un orden porque ayer lo conformò. Es un objeto jurídico: se manifesta por sus fuentes.

Queda tarea por realizar en los mismos dominios ya transitados de una especialidad histórica que interesan a la historia sin más. Es el momento de acometerla sin hipotecas ni gajes, volviéndose decididamente página. No tiene mucho sentido proseguirse con el debate de un paradigma historiográfico ya en cuanto tal periclitado como el del Estado dicho moderno. Se comprende que pese: es el que conformó aquella fractura de una Revolución que acabara con esta sociedad histórica. También alimentaba su *bisogno di eternità*. Ya lo decía el mismo Mozzarelli en su primera introducción: la historia europea como historia de Estados definitivamente ha caducado. Era el lastre de una historiografía que ha sido empresa menos de conocimiento que, ella misma, de mentalidad: elemento intrínseco de un orden contemporáneo efectivamente estatal o forma así de disciplina social. La crisis actual ayudaba.

Todavía en las últimas jornadas de este mismo *Centro per la Storia*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del Pensiero Giuridico Moderno, dedicadas en mayo de 1989 a la historiografía hispana, discutimos sobre las obras de José Antonio Maravall (*Estado moderno y mentalidad social. Siglos XV a XVII*, Revista de Occidente, 1972) y de Jaume Vicens-Vives (*Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII*, XI Congreso Internacional de Ciencias Históricas, 1960). Ya eran también los nombres españoles en *Lo Stato Moderno* de Rotelli y Schiera. Era su lugar. El del asunto ya se situaba *prima dello Stato*. Saldrán pronto las actas. Pronto también ojalá llegue el momento en que debatamos otros tìtulos: *Familia moderna y mentalidad social (Siglos XV a XVII)* o *Estructura republicana familiar en los siglos XVI y XVII*, sin ir más lejos.

Aparte traducciones tanto de *historia de la familia* que, entre la sociología y la antropología, pugna por liberarse de sus proprios anacronismos, como de *historia de la vida privada* que, entre la literatura y la imaginería, definitivamente recae en el más puro ensayismo, aparte estas derivaciones de una historia que se quería total o al menos suficiente para usos y mentalidades, no falta en España publicaciones de iniciativa propia que parecen atrapadas entre estos mismos límites. Su principal impulsor, Francisco Chacón, realizaba un informe en el volumen presentado por Vilar: *La familia en España, una historia por hacer*. Directamente se ha ocupado de la edición de colectáneas: *Familia y Sociedad en el Mediterráneo Occidental. Siglos XV-XIX* (Universidad de Murcia, 1987). Ultimamente dirige el número dedicado a *Familia y Sociedad* de una nueva publicación: *Gestae. Taller de Historia*, 1, 1989. Y anuncia otras iniciativas.

Hace la presentación Chacón del volumen de *Familia y Sociedad, siglos XV-XIX*: "La historia de la familia constituye en sí imisma y por lo que significa y supone para el estudio de la historia social de la población, una de las innovaciones epistemológicas y metodológicas más transcendentales de la historiografía contemporánea...", así comienza. Luego no se comprueba que la innovación lo sea realmente para la historia: parece serlo para algún otro objeto de carácter más estable, de coordenadas más territoriales, mediterráneas, que temporales, modernas. Entramos en un terreno de fijación de estructuras en el que dificultosamente se mueve una cienca del tiempo. Tampoco parece ser la historia de la familia que se precisaba.

La dificultad no es privativa ni resulta efecto de una deficiente recepción. En *Familia y Sociedad, siglos XV-XIX*, Delille presenta un informe sobre *La historia de la familia en Italia: trabajos recientes y problemas metodológicos*. Parte de unas apreciaciones críticas frente a la línea hoy dominante en historia familiar, la representada por el *Grupo de Cambridge* de Peter Laslett, dada su tendencia a la fijación de un modelo poco histórico de familia nuclear y a la tipificación de unas ulteriores estructuras familiares más dependientes en efecto de los espacios regionales que de los tiempos sociales. El Grupo opera desde 1964, identificándose por el objetivo de una historia no sólo demográfica sino estructural: *Group for the History of Population and Social Structure*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El método predominante de historia familiar que dicho Grupo representa, escribe Delille, "focaliza la atención de manera exclusiva sobre la familia como unidad de residencia olvidando que aun para la Edad Moderna los lazos de solidaridad, el reparto de tareas, la cohesion politica entre estas unidades, son tan importantes como la composición cualitativa y cuantitativa de cada una de ellas; se corre el riesgo de no ver más que una sucesión de familias conyugales desarticuladas allí donde vive un linaje o un clan familiar". En efecto, està en juego el mismo concepto de *familia*: el anacrónico privado o el pretérito de mayor entidad o cuerpo social. El núcleo sociológico no es la familia histórica.

No es ahora cuestión de que se incurra en una relativa injusticia respecto a la referencia de la crítica. Desde *The World We Have Lost* de Laslett hasta *The World We Have Gained* del Grupo, entre 1965 y 1986, cierto es que el planteamiento ha evolucionado, con una mayor integración además de la problemática jurídica, pero también no menos ciertamente ocurre que el rumbo en lo sustancial no se ha modificado: Peter Laslett, *The World We Have Lost further explored* (Methuen, 1983). Y también realmente acontece que más o menos directamente sus presuposiciones pesan en todo el conjunto de una historiografía. Viniendo de la historia de la nobleza, Lawrence Stone no dejaba de considerar el linaje, pero igualmente primaba en definitiva a la familia nuclear: *The Family, Sex and Marriage in England, 1500-1800* (Weidenfeld and Nicolson, 1977). Era il indicio de la superposición de una estructura que escapaba a la historia: de una categoría no rendida por ella. Acierta la reseña de Michael Anderson, *Approaches to the History of the Western Family, 1500-1914* (Macmillan, 1980).

Nos acercamos a otro planteamiento, que en la historiografía italiana Delille entiende que representa, frente a Marzio Barbagli y su *Sotto lo stesso tetto* de 1984, Giovanni Levi y su *L'eredità immateriale* de 1985: "Trata de esclarecer los lazos exitentes entre los mecanismos de estructuración y funcionamiento de la familia (número de miembros, reparto de los papeles y de las funciones, mecanismo de cambio y de transmisión de los bienes a través de las dotes, las herencias, las compras y las ventas...) y la realidad económica y social (en particular la estructura de la propiedad) en la cual se inserta la familia". Reaparecen en verdad las cuestiones específicamente jurídicas, no sólo las mencionadas, sino expresamente también otras, como la de las reglas canónicas de parentesco. ¿Hemos venido a nuestra cuestión?

No exactamente. Se invoca una *realidad social* que ya tendría que tener un fuerte componente jurídico, pero que sobre sus fuentes siempre documentales, nunca jurisprudenciales, no acaba de tomar cuerpo; tiende además a cifrarse en la vertiente más material de interés notan directo ni primario para la propia captación de la susodicha realidad de inserción institucional de la familia. Vale más, aun injusta, la crítica que la alternativa. La historia familiar que quiere se justamente historia, no acaba de encontrar sintomáticamente su acomodo.

Porque Delille tampoco sale ni nos saca del atolladero: "Se trata, sin

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ninguna duda, de una dirección de investigación muy rica y con capacidad de dar respuestas precisas al problema del funcionamiento de los sistemas familiares, a condición, sin embargo, de no olvidar que el juego de las interacciones entre lo económico, lo social y lo familiar no es tan sólo a corto o medio plazo, sino que responde a reglas de conducta más generales — algunos diremos estructuras —, a elecciones fundamentales de civilización que se imponen o intentan imponerse (en este nivel son posibles manipulaciones por parte de un determinado grupo o una clase social concreta) a todos". Algo nos hemos movido: del tiempo impasible de la sociología a la mirada inerte de la antropología. Práticamente estamos en *l'histoire immobile*. Avanzamos en círculo.

Tampoco parece tan claramente un avance el que pueda producirse entre una sociología familiar como la de Peter Laslett y una antropología histórica de la famlia como la de Jack Goody, aunque éste ya ha trazado un cierto desenvolvimiento temporal frente no sólo al anacronismo sociológico sino también al éxtasis antropológico, a la inclinación característica de su disciplina a figurarse verticalmente civilizaciones y no históricamente sociedades: *The Development of the Family and Marriage in Europe* (Cambridge University Press, 1983). Introduciendo su *Famille et propriété*, Delille procedía a una advertencia: "El historiador no puede hacer de antropólogo; no puede ser el antropólogo de los siglos XV a XVIII", subrayándolo. No se entiende. El problema de Goody es que quiera todavía serlo más de civilizaciones que de sociedades, cubriendo cantidad de siglos.

La cuestión general es que la antropología por introducirse en la historia no la conduce sin más al terreno antropológico. Goody ha de explicar la política eclesiástica de extremada dilatación del tabú del incesto no sólo ampliando grados consaguineos sino también añadiendo parentescos artificiales. Va al terreno patrimonial que decíamos más materialista: sería un modo de enfrentarse a una acumulación de bienes por la nobleza en competencia con la de la iglesia. La práctica exogámica dificultaría la concentración y obligaría incluso a la división. Pero ¿no existen unos objetivos más primarios de extensión de unas relaciones de *amicitia*, de un vinculo político de base familiar e inspiración religiosa, en una sociedad sin Estado? ¿No se trataba de fundarse sobre este *amor* el propio orden social? La exogamia costituiría un principio ya sólo por esto fundamental; se mantendría junto a los mismo mecanismos endoándricos de acumulación patrimonial. Y hay una regla proverbial de la antropología que aquí ha fallado: la de mayor consideración a la representaciones propias de los interesados; traducido al caso: de atención a las motivaciones efectivas de una jurisprudencia. Tiene la regla su fundamento: el orden humano pasa, si no siempre por la conciencia de unos individuos, al menos por la cultura, o por la mentalidad si quiere más restrictivamente decirse, de una sociedad.

Entre antropología e historia ya había en curso alguna confluencia: colectivo *Family and Inheritance. Rural Society in Western Europe,*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1200-1800 (Cambridge University Press, 1976), con un capítulo esencial al referido efecto, más ciertamente por un acercamiento al derecho: J.P. Cooper, *Patterns of Inheritance and Settlement by Great Landowners from the Fiftheenth to the Eighteenth Centuries.* Y en esto entra antropológica e históricamente el *amor* o la *amicitia* como encarecen las páginas de John Bossy en un siguiente colectivo del mismo círculo de iniciativas: *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West* (Cambridge University Press, 1983).Ya se parte de un extrañamiento antropológico: de la constancia de que aquel mundo es definitivamente otro. *The past is a foreign country*, que puede decirse en la dedicatoria de las mencionadas *Women of the Medieval World.* Además del asunto referido de la dote que suscitaba Julius Kirshner, véase aquí otro capítulo de interés antropológico: el de Beatrice Gottlieb sobre *The Problem of Feminism in the Fifteenth Century;* comprueba su llana imposibilidad, resultando inconcebible el mismo sujeto femenino. La jurisprudencia a la que se asomaba Visceglia mejor lo mostraría.

Aun contando con el objeto, no aporta de por sí la perspectiva la historiografía jurídica. Empieza por no acabar de ser para ella el pasado un país extraño. La especialidad sigue más bien definiéndose por una identificación con la historia mediante razones incluso todavía de vocación normativa o de disciplina social que hemos dicho, ya pro (Jean Gaudemet, *La mariage en Occident. Les moeurs et le droit*, Cerf, 1987), ya también contra (James A. Brundage, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe,* University of Chicago Press, 1987). Por igual falta el susodicho extrañamiento. Ni matrimonio ni sexo van a arrglarse hoy con historia. Ni el uno ni el otro, ni *la vie conjugale* ni *l'amour*, eran temas centrales ayer para la familia. Ya sabemos que primaban instituciones menos intersubjetivas, como el linaje, e intercambios no tan personales, como la dote. Y regían sobre la determinación individual unas reglas canónicas. Que pueda ser objeto de historia, no hay unos comportamientos sexuales, sino unas estructuras familiares. Conductas que sean significativas sólo resultan observables cuando llegan a primar individualidad, personalidad e intersubjetividad: principios de libertad. La revolución que mediaba ya suelen saltársela alegremente los historiadores. Entre *les moeurs* y *le droit*, la misma especialidad no siempre mantiene ni siquiera la constancia de su objeto.

La antropología no traía por su parte siempre historia; véase ahora el volumen que compila John G. Peristany y presenta Camilo Lisón Tolosana, *Dote y matrimonio en los países mediterráneos* (Centro de Investigaciones Sociológicas 1987). Delille hacía su advertencia: "El historiador no puede ser antropólogo", mas con ella no miraba a esta especie de minucia de un déficit histórico. Podía tocar a su mismo trabajo, tan representativo. Más bien se trata de un conjuro: de rechazarse el reflejo de la propia imagen. En su mismo informe sobre la historiografía italiana, nuestra problemática histórica se ha esfumado o en rigor ni siquiera comparece. En la misma *Familia y Sociedad, siglos*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

XV-XIX dirigida por Chacón ha podido señalarse la precipitación metodológica y la precariedad historiográfica con las que se ha forjado el propio modelo de una *familia mediterránea:* Robert Rowland, *Matrimonio y familia en el Mediterráneo occidental (algunos interrogantes).* Aun con sus momentos de insatisfacción, no ocupan ciertamente hoy a la historia tanto las estructura familiares sometidas al tiempo, esto en buena parte es, las jurídicas, como otras que se entienden, ya sociológicas, ya antropológicas, de naturaleza y geografía en todo caso más resistentes.

Son unas mismas estructuras, diversamente figuradas. Son relaciones jurídicas. La propia *historia del derecho privado* no ofrece tradicionalmente otra imagen de su objeto. Pero ya vemos que en el terreno precisamente se producen movimientos. Tampoco se valoran. Con su relación, en el informe historiográfico de Delille, no hay referencia directa al trabajo de Visceglia; indirecta, tampoco se hace al género que representa Cernigliaro; no la hay a las exposiciones de Bellomo. La reflexión y la bibliografia de Rowland tampoco creen necesario extenderse a este género más específico de literatura. Una *Familia Mediterránea* seguirá así escapando al tiempo histórico que ha podido marcar la *Famiglia Aristocratica*: escapa a una historia cuyo tiempo el derecho marca y cuyo éxtasis su ausencia produce.

No es el caso de entra a denunciar ahora la enésima rendición de la ciencia social a una ilusión de intemporalidad. No se resigna la sociedad a ser historia.

Contentémonos con no salir de nuestro terreno: con que no se reduzca el derecho a una antropología nada histórica. La tendencia remarcada a ignorarlo ya puede constituir más un favor que un desaire. Tampoco resuelve nada que algún capítulo más juridico logre entrada en estas colectáneas. Se trata del predominio de una perspectiva que, de la política a la sociología, de la economía a la antropología, sigue sin responder a la radical historicidad del propio orden social. Y la historia del derecho no acaba de hacerse valer y de aportarla. Sin ella, los mismos avances de terreno difícilmente se afianzan y fácilmente se pierden. La historia sin tiempo del Estado, cuando no *el Estado* mismo, retorna siempre.

4. *Vindicación de un derecho*

Para un *Estado moderno*, si no fenecido ya caduco, sólo quedan tal vez postrimerías. O vienen quizá fideicomisos. La Familia como objeto historiográfico puede llegar a sucederle en su posición misma. La sucesión se encuentra lista y se muestra presta. No es casual que algunos titulos de la *Familia Mediterránea* se extiendan a tiempos contemporáneos sin solución de continuidad alguna. Puede ahora ocurrir con ella como antes con el Estado. Se contempla una modernidad con la que puede entrarse en contacto sin la dificultad inicial de la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

antropología más genuina que se sabe enfrentada a la extrañeza. No parece haber constancia de una diferencia de cultura entre las edades históricas. Conciencia no se acusa del acontencimiento que se nos decía de una revolución: de aquella fractura que acabó radicalmente con la entidad política y económica, determinantemente social, del propio ordenamiento familiar.

La figuración que se avecina de una *Familia moderna* podrá constituir la nueva versión de una idéntica ficción: la ilusión de una *modernidad* que impide la historia de nuestros orígenes más cercanos, que bloquea la posibilidad de captarse el dato de una *Revolución* de la que derivan *Estado* político, *Mercado* económico y *Familia* privada, con su requisito todos estos elementos del *Individuo* raso. Antes de la revolución tampoco el hombre era sujeto. Machismos y feminismos como materialismos e idealismos resultan aquí indiferentes. En ellos no están los problemas. ¿Se me permite remitir al *Origen de la familia* que publiqué en el número 8, 1978, de la efímera revista *Materiales. Crítica de la Cultura?* ¿Puedo hacerlo al abordaje más sustantivo de mis *Cuerpos y Almas* que ha de aparecer en los *Studi in Memoria di Giovanni Tarello* (Il Mulino, anunciados para este mismo año de 1989)?.

Será otra forma, la familiar, de que este mundo contemporáneo, ya en una crisis que se ha manifestado con la quiebra de las historias tanto política como económica, siga forjándose tamaña ilusión de poder escapar a su tiempo. La historia de la familia puede estar ahora en efecto al quite. Ya fue sintomático lo que ocurrió en España con el título de Jean-Louis Flandrin *Familles. Parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société* (Hachette, 1976); fue vertido por el de *Orígines de la Familia Moderna* (Crítica, 1979; original revisado: Seuil, 1984). O véase también lo que ya ocurría en una antología informativa del momento historiográfico precedente al que venimos contemplando, la de Agopik Manoukian, *Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo* (Il Mulino, 1974): unas páginas de Otto Brunner sobre el *Hausvater* se recogían en un capítulo de *Le origini della famiglia borghese.*

Mas era la familia pretérita, como el padre de familia histórico, sin relación realmente genética. No era aún *la modernidad.* Una historia jurídica, con su caudal de jurisprudencia de época, puede mostrar la diferencia como puede reconstruir el escenario: traer la cuestión a sus términos. En la relativa medida en la que se asoman a ella, mediante fuentes oikonómicas y religiosas, de Brunner a Flandrin hay sugerencias. Del primero y para la misma edad moderna particularmente desde luego interesa su volumen pionero, de 1949, *Adeliges Landleben und Europäischer Geist* (con su relanzamiento por la traducción italiana, Il Mulino, 1972). Tras sus pasos ha podido llegarse a radicar en la *familia* la estructura social de formación medieval: Karl Bosl, *Die Gesellschaft in der Geschicte des Mittelalters,* tercera edición así ampliada con el capítulo familiar (Vandenhoeck und Ruprecht, 1975). No abrió camino solamente Ariès. O tampoco lo ha hecho tan sólo Laslett.

Pero no nos elevemos tanto. Evitemos dispersarnos. Se trataba so-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lamente de movernos entre la *Famiglia Aristrocratica* y la *Famiglia Mediterránea*, entre Italia y España en suma. Y ya que el recorrido efectivamente nos trajo al campo hispano, podemos finalizar en él, retomando cabos sueltos. En sucesivos apartados, hemos observado la dilatación de unos dominios, la desigualdad de su ocupación y la inconsistencia de los títulos que la rigen, con unas historias totales y una historia de las mentalidades que ignoran llanamente objetos o que se hacen superficialmente con ellos. Bastaría ver a Georges Duby en la mencionada *Histoire de la famille* de un alcance universal cifrando finalmente la cuestión en la determinada necesidad de que la historia del derecho no sea la competente en la materia. Pero tampoco retrocedamos. Cuidemos por parte nuestra de concluir para algún espacio, o a su propósito, en alyo. Vayamos al momento actual, sin más demoras ni entretenimientos.

Para el campo hispano y respecto a la familia, tempoco es ya cuestión de nuevo objeto ni de su novedad misma. El caso tiene entrada en una especialidad establecida (*Journal of Family History*, 13-1, 1988) y el asunto se significa entre los que merecen consideración (Isabel Moll, *Historia económica, historia de la familia: una relación a consolidar,* en *Areas. Revista de Ciencias Sociales,* 10, 1989, dirigida por Mª Teresa Pérez Picazo y Guy Lemeunier; Alvaro Ferreira da Silva, *A "familia mediterrânica". Un trajecto bibliográfico,* en *Penélope. Fazer a desfazer a história,* 3, 1989, dirección de António Manuel Hespanha). En lo que a la propia historia concierne, debe ser una cuestión de estrategia y objetivo, la primera precisamente jurídica para que le segundo pueda resultar en definitiva inteligible.

Es una cuestión de historia del derecho que importa a toda la historia o a su ciencia factible. Pero la especialidad española, ¿qué ofrece? No se busque en sus manuales, especialmente ensimismados y obsoletos. Y la investigación que ahora entra temáticamente en materia acentúa esta gravedad de obsolesciencias y ensimismamientos: Emma Montanos, *La familia en la alta edad media española* (Universidad de Navarra, 1980). Entre una cosa y otra, ¿algo más y mejor tenemos? Más lo hay; si mejor, habrá de aquilatarse. Ya interesa a nuestro propósito. Ayudará a las conclusiones.

Hay algo últimamente en España que pudiera precisamente traer a la historia del derecho al momento historiografico sin enajenarla de su objeto y sacarle de sí misma sin abandono de su ciencia: los capítulos que se le reservan en una obra de referencias de grandes temas y no de entradas menudas. Me refiero a los tres volúmenes de la *Enciclopedia de Historia de España* dirigida por Miguel Artola (Alianza, 1988; no confundir con los del *Diccionario de Historia de España* coordinado per Germán Bleiberg, ahora de la misma editorial, ni con el *Diccionario biográfico* dirigido por el mismo Artola que habrá de seguir también en ella a la propia *Enciclopedia*). Y ésta ya puede comenzar a interesar porque no sigue el orden convencional alfabético, sino otro que entiende más sustantivo: *Economía. Sociedad* (volumen I), *Instituciones*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Políticas. Imperio (volumen II), *Iglesia. Pensamiento. Cultura* (volumen III). Interesarán ciertamente no sólo las voces jurídicas, comenzándose por las del Estado y la Familia, sino también su posición y la compañía.

Por lo que va a seguir, no se piense tampoco que es una empresa enteramente representativa. En la misma zona ibérica no faltan escritos más avisados (Pablo Fernández Albaladejo, *Epílogo* a la traducción de Helmut G. Koenigsberger, *La práctica del Imperio,* Alianza, 1989), e introducciones más advertidas (António M. Hespanha, *Poder e Instituçôes na Europa do Antigo Regime*, Fundaçâo Gulbenkian, 1984), pero el momento procesal de mi argumentación ya es otro. El *paradigma estadualista* que dice Hespanha lo vamos dejando para dicha época entre unos y otros fuera realmente de juego. Ante su pura y llana resistencia, poco queda a mi entender sino resignarse a que siga haciendo estragos: *De un estado, el de Osuna, y de un concepto, el de Estado (Anuario de Historia del Derecho Español,* 57, 1987), sobre un estudio de *Familia aristocrática* que se metamorfosea en epifanía del *Estado moderno* (Ignacio Atienza, *Aristocracia, poder y riqueza en la España moderna. La Casa de Osuna, siglos XV-XIX,* Siglo XXI, 1987, sumando el autor últimamente su nombre al de Francisco Chacón en el impulso endógeno de esta historia famliar).

Resignarse o repetirse es el dilema ante la misma *Enciclopedia* porque su voz *El Estado*, a cargo del propio director Miguel Artola, ni siquiera se molesta en informar del momento historiográfico. No lo tiene a la verdad en cuenta. Otro es el caso también reciente (Giuffrè, separata anticipada, 1987) de la entrada *Stato (diritto intermedio),* debida a Maurizio Fioravanti, de la *Enciclopedia del Diritto* italiana. Pero ya estábamos en la historiografía hispana y no estábamos ya con el Estado. Interesaba ante todo ahora la Familia, esto podía ser a fin de cuentas lo mismo, pero desde una perspectiva de derecho más integralmente civil, tampoco exactamente privado: Paolo Cappellini, *Privato e Pubblico (diritto intermedio),* en la *Enciclopedia* italiana (vol. 35, 1986), problematizando igualmente *lo Stato*. La voz *Famiglia* correspondiente, menos problemática con su precedencia alfabética, se debía a Manlio Bellomo (vol. 16, 1967).

En la *Enciclopedia* española de tema mayores, uno precisamente es el de *Individio y Familia,* a cargo de Aquilino Iglesia, quien opta por añadir un subtítulo, *Una historia del derecho privado español,* y por excusar la bibliografía: "Daré exclusivamente la ficha de Jesús Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al Derecho español,* 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1983". Sinceramente no me cuento entre los que piensan que nos encontramos ante una ocasión desperdiciada tanto por el planteamiento más clásico de historia del derecho privado como por la renuncia a ofrecer una bibliografía razonada, tal como en la misma obra hacen Benjamín González Alonso para el tema de *La Justicia* o Francisco Tomás y Valiente para el de *El Pensamiento Jurídico* (en volúmenes todos desafortunadamente distintos: Iglesia en el primero; González

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alonso en el segundo; Tomás y Valiente en el tercero). Se puede ser más escéptico: este género brinda malamente la ocasión. Parece que tal ha sido la constatación de partida del propio Iglesia. Resultado: subsiste, con la decepción, la carencia.

Se producen incluso regresiones. La *Familia* es materia de un primer volumen dedicado fundamentalmente a *Sociedad*; el *Estado* resulta de uno segundo consagrado primordialmente a *Instituciones Políticas;* el *Pensamiento Jurídico* lo es de uno tercero destinado esencialmente a *Cultura*. Con la composición ya dicha, hay un resultado de inversión de entradas por un presupuesto de escisión de categorías: lo postrero puede que debiera ser lo prioritario, deshaciendo presuposiciones. En verdad, sin esa entrada de la Jurisprudencia, la *Familia* pretérita no comparece en esta historia y el *Estado* presente la invade toda. Esto último ocurre de la forma más tangible en su propia voz, que en el volumen se ha reservado como ya he dicho Miguel Artola: *El Estado* vuelve a enseñorearse de la historia.

No lo problematizan otras voces institucionales del volumen segundo: *El territorio y su ordenación político-administrativa*, de Luís González Antón, *La Hacienda*, de M. Artola y Jesús Martín Niño, *Ejército y Marina*, de Ramón Salas, *La dominación española en Europa,* de Jesús Lalinde o *El Estado indiano,* de Juan Pérez de Tudela, con su más elocuente epígrafe, como tampoco lo hacen las más sociales del primer volumen: *La población española*, de Vincente Pérez Moreda, y *Sociedad y conflicto Social*, de Manuel Pérez Ledesma. Sus varias voces económicas, que van en cabeza, no confrontan sus mismas categorías, entre oikonomia y economía. Con sus limitaciones de entrada, los capítulos eclesiásticos ni siquiera pueden plantearse este género de problemas: *La Iglesia en América*, de Carmelo Sáenz de Santamaría, en el volumen segundo, y, en el tercero, *La Iglesia en España,* de Fernando García de Cortázar y *Patrimonio y rentas de la Iglesia*, de Antonio Domínguez Ortiz.

Y júzguese el diseño: de la *sociedad* a la *cultura* pasando por las *instituciones*. Es éste el esquema aunque extravagante también vaya en la parte de sociedad del volumen primero una entrada de *Educación y enseñanza*, a cargo de Juan Gutiérrez Cuadrado, Elena Hernández Sandoica y José Luís Peset. Responde el trazado general, que esta extravagancia no remedia, a la misma idea de fondo de Vilar. Aquel finalmente reconocía no haber sabido cubrir la totalidad: cubierta estaría la base social y faltaría la sobrecubierta jurídica. Pero no era ya cuestión de materialismos: tal metodología ahora se presenta como de simple sentido común. Lo es en efecto, pero de otra mentalidad: de la del historiador y no de la de su materia. Ya convenía empezar por ésta: de la *cultura* a la *sociedad* pasando por las *instituciones*. Era una sana regla de la antropología que también puede agradecer la historia.

Era entonces otra la misma posición antropológica de una cultura: preceptiva de un orden social y no capacitadora de una libertad individual. Podía por ello identificarse con la *Iurisprudentia* respecto a la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Respublica y con la *Oikonomia* para la *Familia*, o con la primera para el régimen o estructura y la segunda para la administración o gobierno del complejo. Todo lo cual tampoco exactamente coincide con las entradas que en la Enciclopedia española se franquean: *justicia* como institución y derecho como *pensamiento*. Otras todavía culturales del volumen tercero acerca de *Las ideas políticas*, a cargo de Antonio Elorza, y de *Economía y pensamiento económico*, debida a Rafael Anes, añaden anacronía; la cultura histórica tampoco la traen en el mismo volumen otras voces: *La actividad científica y tecnológica*, de José Mª López Piñero, Victor Navarro y Eugenio Porcela, *La literatura*, de José Carlos Mainer, y *El arte español*, de José Mª de Azcárate. Un adjetivo ya acusa la limitación de base. Y *la religión* no entra en cuanto que *cultura*, sino directamente como *institución*, solamente como *Iglesia*, por lo demás también con sus anacrónicas limitaciones geográficas como se ha visto. Este tercer volumen, que ya debiera ser primero, aparece en su conjunto sintomáticamente desarticulado: *Iglesia. Pensamiento. Cultura.* Parecen lo restos.

En total, para el diseño, con la inversión apropiada, de la cultura a la sociedad pasando por las instituciones, empezaríamos justamente por no hallarnos de una parte, como *social*, con la *Familia*, y de otra, como *institucional*, con el *Estado* y, distinta, la *Iglesia*; seguiríamos por encontrarnos, como una cosa y la otra, con los *Cuerpos*, incluídas familias e iglesias, comprendidos estados y religiones. Presidiendo, componiendo, una *Jurisprudencia* civil y canónica. Nos hallaríamos ante el mundo histórico de la edad moderna y no frente el espejo de la mentalidad y la época del proprio historiador. Estaríamos trabajosamente conociendo y no gratificatoriamente reconociéndonos.

Para *Familia*, no es a mi entender que siga todavía por hacerse la *historia del derecho privado* en España, como de tiempo se dice y aún apunta el mismo Iglesia. Es que no hace falta. Para antes de nuestra propia época, simplemente no tiene existencia. Una tal historia sólo podría comenzar desde la quiebra que se nos decía revolucionaria, origen de nuestro tiempo, allí donde usualmente todavía se acaba. Ha habido, italianos, su intentos: Paolo Ungari, *Storia del Diritto di Famiglia in Italia, 1796-1942* (Il Mulino, 1974); Giulio Vismara, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici* (Giuffrè, 1978); hay, español e italiano, sus apartados: Johannes-Michael Scholz y Filippo Ranieri respectivamente en el volumen III-I (1982) del *Handbuch* ya dicho que dirige Helmut Coing. Pero en España lo que parece haber ahora es desesperanza.

Pues el propio Aquilino Iglesia, como más suficientemente ha expuesto en las referidas jornadas hispanas de este *Centro di Studi*, teoriza precisamente lo contrario: la imposibilidad que dice de una historia contemporánea. Ya también tiene la coherencia de practicarlo: en su voz de *Individuo y familia* la edad contemporánea se reduce a simple *epílogo*. Historia imposible se hace así toda. Si no podemos comprendernos a nosotros mismos en la historia, la historia no será más que un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reflejo de nosotros mismos. En ella estamos; para ella de comienzo se precisa la pérdida, no sólo del ensimismamiento, sino también, más radicalmente, de su misma identificación. Toda la problemática específica se desvanece si de aquel modo, como historia familiar, o con aquella identidad como familia privada, se empieza.

No porque *el Estado* de entrada desaparezca, si de verdad se logra, nos quedamos de salida con *la Familia*. Si aquel, público, no existía; ésta, privada, tampoco. La historia que se precisa es otra: la de un derecho integralmente *civil* que empieza por no poder confinarse en fronteras o que empezaba por no deber arrancar con categorías como la de *Individuo* o la del tipo correspondiente de *Familia*. Edward Shorter ya situaba *The Making of the Modern Family* (Basic Books, 1975), familia sociológicamente nuclear y antropológicamente privada, realmente contraída y potencialmente disuelta, en nuestra modernidad contemporánea. La anterior es otra, para la que menos vale la sociología y más la jurisprudencia: era su antropología. Ya lo he expuesto y, según creo, razonado en *Tantas Personas como Estados* (Tecnos, 1986).

La formación de la familia de Shorter data de mediados de los setenta. Más que la obra puede interesar la fecha. Por entonces Bellomo impartía la lección, Duby lanzaba el tema, Bosl añadia el capítulo, Flandrin lo sacaba de la edad media y el volumen en el que participaba Cooper procedía a calas en el espacio y en la materia. Acababa de completarse *Lo Stato Moderno* de Rotelli y Schiera; aparecía el *Absolutist State* de Anderson; poco antes lo había hecho el *Estado Moderno* de Maravall y algo después lo haría el *Modern State* de Poggi. Y la marea de la familia no remitía, inundando el campo del derecho: capítulo de Diethelm Klippel, *Sozial Geschichte und Rechtsgeschichte (Recht und Rechtsgeschichte in des historischen Familienfroschung)*, del volumen dirigido por Heinz Mohnhaupt, *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven* (Vittorio Klostermann, 1987). También occurrían otras cosas que no menos seriamente afectaban al asunto: se había iniciado en 1972 la publicación del *Lexikon* que ahora diré codirigido por Otto Brunner y en 1973 la del *Handbuch* que ya he dicho dirigido por Helmut Coing, por no referirme a otras empresas más cercanas *per la storia del pensiero giuridico moderno*. En esta década el cambio se gesta. Inesperadamente para quienes se movian abstraídos entre presunciones e imposiciones de Estado, la crisis sobreviene y la quiebra se precipita. Toca al tiempo moderno; el medieval ya se encuentra despejado de la figuración y el contemporáneo todavía está hipotecado por la experiencia.

De entonces efectivamente databa la incubación del problema para los tiempos que equívocamente se dicen modernos. Entonces se produjo la ruptura del espejo. Con él la imagen se resquebraja. En él solamente como tal existía. El Estado se hace añicos y con dificultad los estados todavía querrán figurarse como piezas suyas. Recomposición apenas cabe. Cabe la comodidad de la ignorancia o la resistencia de la ceguera.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mundo perdido, ya ha podido comenzar a vislumbrarse; e incluso a explorarse, el otro lado del espejo.

¿Y cabe esto en *Enciclopedias?* No me atrevería a dar una respuesta genérica pues tendría entonces que vérmelas con el aludido *Historiches Lexikon* de *Geschichtliche Grundbegriffe* dirigido por Otto Brunner, Werner Conze y Reinhart Koselleck, con la voz *Familie* a cargo de Dieter Schwab en el segundo volumen (Klett-Cotta, 1975). Nos elevaría también y nos dispersaría. Pero particularizada la respuesta la tengo: indudablemente no cabe en una *de Historia de España* y dudosamente lo hace en una *del Diritto*. Esta, para su constitutiva vertiente historica, ya debe comenzar por no enajenarse de otras dimensiones, de la religiosa a la oikonómica. Aquella más difícilmente puede rehabilitarse. La misma historia del derecho no encuentra cabida en ella. Como venía a decirnos Mozzarelli, es tal especie de *Historia*, estatal o nacional que se diga, española o italiana que sea, la que estorba y sobra.

Tampoco, como ya menos se advierte, tiene la historia jurídica afortunadamente cabida en politologías, economías, sociologías y antropologías no reducidas a la común condición histórica. Tiene en sí misma su lugar porque en ella se encierra la popria historicidad del orden social al que todas estas empresas teóricamente miran. Prácticamente también ceden, como la historia jurídica, a una ordenación actual, deviniendo igualmente disciplinas. No es sólo de la historia del derecho la tentación y el pecado de la vocación normativa. El asunto, y el problema, es también común: de la ciencia social sin más. No hay en este punto especialidades que valgan.

Para la *modernidad* propiamente dicha, la nuestra, el principio metodológico de la prioridad de una cultura reconozco que resulta problemático, pero, revolución mediante, esto tampoco tiene por qué afectar en lo más minimo a su valor categórico para el tiempo preciso de la moderidad pretérita e irremisiblemnte extraña. Y de ella en exclusiva, sin prehistorias ni postmodernismos, aquí nos ocupábamos. El problema es el antropológico: ¿Existe realmente una vía de acceso? Con su traducción histórica: ¿La ofrece concretamente la jurisprudencia?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUCA MANNORI

TOCQUEVILLE CRITICO DI MACAREL

(A proposito di: Anna Maria BATTISTA, *Studi su Tocqueville*, con introduzione di F.M. DE SANCTIS ed un appendice di E. CUOMO, Firenze, 1989).

1) La ripubblicazione in volume degli studi tocquevilliani di Anna Maria Battista, curata da Francesco M. De Sanctis ed Ettore Cuomo ad un anno circa dalla improvvisa scomparsa dell'Autrice, costituisce un episodio a cui la cultura giuridica contemporanea non può rimanere indifferente.

Riunendo infatti in un unico contesto editoriale contributi apparsi su varie riviste nell'arco di quasi vent'anni (1), ed aggiungendovi un lungo, prezioso frammento inedito (2), il volume ci svela d'un tratto come tutta questa ricerca della Prof. Battista, nel ripercorrere dal suo interno l'esperienza intellettuale di Tocqueville al di là di tutti i facili *clichés* per lo più circolanti, avesse finito con l'affrontare in un prospettiva del tutto nuova uno dei più grandi temi ancora irrisolti della storia giuridica dell'Ottocento: quello della "nascita" del diritto amministrativo.

L'itinerario dell'Autrice muove da un più consapevole ripensamento di quella forte distonia ideologica esistente tra la prima parte della *Democrazia in America* — pubblicata dal trentenne Tocqueville nel 1835 — e la seconda, che le è successiva di un lustro. Si tratta, certo, di un dato da sempre ben noto a tutta la storiografia tocquevilliana: che però Anna Maria Battista ha colto come elemento essenziale per una corretta messa a fuoco del pensiero del grande politologo. Ad un primo Tocqueville liberale "puro", largamente partecipe dei valori e delle paure, delle grandezze e delle miserie del gruppo della *Minerve* e dei

(1) E per l'esattezza: *La Democrazia in America di Tocqueville: probelmi interpretativi,* in *La Cultura*, IX (1971), pp. 165-200; *Lo Stato sociale democratico nell'analisi di Tocqueville e nelle valutazioni dei contemporanei,* in *Il pensiero politico*, VI (1973), pp. 336-395; *Il primo Tocqueville sulla "democrazia politica"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, X (1981), pp. 9-52; *Tocqueville, un tentativo di sintesi*, in *Trimestre*, XIX (1985), pp. 171-244.

(2) *Diritto amministrativo e storia sociale: la tesi di Tocqueville e le sue fonti* (nel volume alle pp. 271-303).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Doctrinaires, si contrappone cinque anni dopo un personaggio molto diverso, che ha ormai messo in soffitta la mitologia negativa del "giacobino", si è stancato di processare Rousseau e Mably, e non crede più che il massimo rischio della società postrivoluzionaria sia il dispotismo della maggioranza e l'onnipotenza della volontà generale. Il vero problema dell'età nuova non sta affatto nella aggressività delle masse "liberate" dalla Rivoluzione, nel loro protagonismo a tutti i costi e nella correlativa minaccia dell'assemblearismo, che ne costituirebbe l'epifenomeno costituzionale. Dietro a queste sue manifestazioni spettacolari ma evanescenti, destinate a durare giusto il tempo della sua fondazione rivoluzionaria, la nuova società di eguali scaturita dell'89 risulta composta da individui miti e rassegnati, dagli ideali limitati e dalle ambizioni circoscritte. Una società di piccoli proprietari, fondata su una trita morale utilitarista, intimamente conservatrice proprio perché completamente appagata dalla raggiunta eguaglianza sociale. La Francia nuova non è quella delle grandi *journées*, ma quella, rurale ed ottusa, che vota compatta i plebisciti di Napoleone (Primo e Terzo), da cui si attende stabilità, ordine, tranquillità sociale. Soprattutto, questa società — di cui Tocqueville ha rintracciato i tratti fondamentali pure nell'esperienza americana, riconoscendo quindi nel suo avvento, al di là di ogni dubbio, un fenomeno epocale ed inevitabile —, questa società si presenta come un vasto contenitore di individui isolati. Con la scomparsa delle vecchie gerarchie sociali fondate sul privilegio e sul rango, sono venute meno anche tutte quelle solidarietà trasverali in cui ciascuno, nell'ordine antico, trovava rifugio alla propria debolezza naturale. L'unico "patrono", perciò, a cui ormai l'individuo può rivolgersi per cercare assistenza e sostegno è lo Stato: "siccome nei secoli di eguaglianza nessuno è obbligato ad appoggiare il suo simile, ognuno è insieme indipendente e debole", ed in questa situazione rivolge naturalmente lo sguardo a quell'essere immenso che solo si eleva in mezzo all'universale abbassamento" ([3]).

Di qui, ci dice la Prof. Battista, la sorprendente diagnosi tocquevilliana di uno Stato ottocentesco che non si riconosce per nulla nella tradizionale *silhouette* del "gendarme", accreditata dall'ideologia liberale, ma che appare già proteso ad offrire una quantità di "servizi sociali" ai propri membri — dall'assistenza al credito, dall'insegnamento alla costruzione di grandi infrastrutture ([4]). Anche se professa il contrario, la sua vera vocazione è già quella dell'*Etat-Providence* del secolo successivo.

Sulla base di queste premesse, è possibile per l'autrice rivisitare in una prospettiva nuova il classico tema tocquevilliano dell'accentramento amministrativo. L'accentramento non si presenta affatto, per Toc-

([3]) A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, ed. it. a cura di G. Candeloro, Milano, 1982, p. 712.

([4]) Esplicito, in tal senso, il cap. V della Parte IV della *Démocratie*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

queville, nei termini di un accidente storico della tradizione francese. Esso non ha niente di "sovrastrutturale", non si riconduce alle specifiche dinamiche di potere dei singoli Stati, ma costituisce il naturale sistema di governo dei popoli democratici: proprio perché questi popoli, privi di sufficienti sostegni infrasocietari, necessitano strutturalmente di un tutore esterno, capace di puntellare la loro debolezza e di garantirli contro tutti i rischi collettivi della vita quotidiana. L'accentramento è una conseguenza inevitabile di quella statalizzazione nell'offerta dei servizi, che è a sua volta imposta dalla scomparsa dei corpi intermedi a cui prima il singolo si appoggiava. Più che di "accentramento", quindi, meglio parlare di "concentramento amministrativo", come destino tipico della società egalitaria contemporanea — un destino a cui ci si può sottrarre soltanto attraverso una politica "artificielle" (come quella seguita dalle classi dirigenti americane), cioè attraverso un continuo sforzo autoconsapevole diretto a mantenere in vita un pluralismo istituzionale altrimenti destinato a soccombere.

La capacità creativa del legislatore francese, dunque, il suo concelebrato (o vituperato) *esprit géometrique*, grazie al quale egli ha eretto dal niente una grandiosa ed armonica struttura di governo sostituendola d'autorità alle antiche forme organizzative del territorio, ubbidisce ad una necessità obiettiva di lunghissimo periodo. Nell'atto stesso in cui proclamava la sua libertà dalla tirannia della storia, quel legislatore ne era in realtà il servo più prono. E d'altra parte, è proprio questo carattere "necessitato" del sistema francese che ne costituisce la forza straordinaria. Esso tenderà, infatti, ad imporsi ovunque si stia costituendo una società democratica come quella che è uscita dalla Rivoluzione, indipendentemente dalla struttura costituzionale adottata o dalla volontà dei governanti. Il futuro degli Stati democratici non è quindi dominato per niente dal pericolo dell'anarchia, ma da quello di un potere esecutivo onnipresente, incontenibile ed infinitamente invadente.

2) Ora, la forma giuridica di questo nuovo sistema di governo "concentrato" è costituita appunto dal diritto amministrativo. Con questa disciplina giuridica relativamente recente, che l'antico regime non includeva ancora nella tavola generale del suo scibile giuridico, Tocqueville si confronta nel 1846, presentando all'Accademia di Francia il *Cours de droit administratif* di Louis Antoine Macarel — uno dei massimi specialisti in materia della prima metà dell'Ottocento ([5]). Ed è ap-

([5]) Di Macarel, secondo titolare della cattedra di diritto amministrativo di Parigi dopo De Gérando e consigliere di Stato a partire dal 1832, si ricorda soprattutto, oltre al *Cours* recensito da Tocqueville, pubblicato nel 1844-46 in quattro volumi, e poi ancora, in una nuova edizione, nel 1848, gli *Eléments de jurisprudence administrative*, Paris, 1818, 2 voll., la celebre monografia *Des Tribunaux administratifs*, Paris, 1828 (ove, in polemica con i sostenitori della giurisdizione unica, dimostra la necessità pratica e dogmatica del giudice amministrativo), ed infine gli *Eléments de droit politique*, Paris, 1833 che raccolgono una serie di lezioni di diritto pubblico elementare tenute ad un gruppo di studenti egiziani a Parigi alcuni anni prima.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

punto a questo contributo tocquevilliano, finora quasi del tutto ignorato dalla critica, che Anna Maria Battista ha dedicato l'ultimo saggio — purtroppo incompiuto — tra quelli compresi nella raccolta qui recensita. Ad una cultura giuspolitica ufficiale quasi del tutto assorbita dalle tematiche costituzionalistiche, in quella occasione Tocqueville volle additare con forza nel nuovo diritto amministrativo francese — cresciuto fino ad allora nella penombra di una oscura prassi — "una delle forme del nuovo stato del mondo" (6), non solo ormai connaturata all'organizzazione del potere pubblico francese, ma destinata ad imporsi presto o tardi in tutta l'Europa, al seguito delle rivoluzioni democratiche e del "concentramento" funzionale che esse portano fatalmente con sè.

In questo breve, ma lucidissimo scritto, due sono le questioni che Tocqueville sottopone all'attenzione dei suoi contemporanei: quella del *contenuto* — o se si preferisce, della *natura* — del diritto amministrativo; e quella dell'apporto che alla sua formazione sta dando la scienza giuridica del suo tempo. A queste due, ne va poi aggiunta una terza, che il Tocqueville del '46 appena intravede, ma che assumerà grande spazio nella successiva sua opera: quella, cioè, delle origini storiche del diritto amministrativo.

Sul primo punto, l'opinione tocquevilliana, espressa fin troppo chiaramente, si può riassumere nella proposizione seguente: il diritto amministrativo è costituito da un insieme di norme che attribuiscono allo Stato poteri, privilegi, immunità nei suoi rapporti giuridici con i cittadini. Anna Maria Battista rileva — del tutto a ragione — che questo tipo di impostazione è diametralmente opposta a quella (ancor oggi frequentemente circolante tra molti giuristi) che vede viceversa nel diritto amministrativo una manifestazione tipica del c.d. "Stato di diritto", e ne indica il contenuto in un complesso di norme limitatrici delle potestà pubbliche e attributive di garanzie e di spazi di libertà ai soggetti privati. Non c'è dubbio, viceversa che il diritto dell'amministrazione, molto prima che limitare il potere "esorbitante" dello Stato, ne costituisca proprio il fondamento — altrimenti, esso da dove mai gli verrebbe?

Semmai, a scanso di equivoci, va ricordato che l'interpretazione "garantista" del diritto amministrativo, destinata a prender campo verso la fine del secolo soprattutto grazie alla letteratura germanica (7), non era ancora quella prevalente nella Francia della prima metà dell'Otto-

---

(6) A. DE TOCQUEVILLE, *Relazione sull'opera di Macarel intitolata "Corso di diritto amministrativo"*, che citiamo da A. DE TOCQUEVILLE, *Scritti politici*, a cura di N. MATTEUCCI, vol I, Torino, 1969, p. 244.

(7) Si pensi per tutti a O. MAYER, *Deutsches Verwaltugsrecht*, vol. I, Leipzig, 1895, pp. 23-66: che proprio presupponendo l'esistenza di un "Polizeistaat" settecentesco caratterizzato dalla presenza di un potere amministrativo del tutto privo di argini giuridici, di fronte al quale quindi il suddito si trova in una posizione assolutamente inerme, può presentare il diritto amministrativo come una conquista del liberalismo ottocentesco.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cento — come l'Autrice stessa, del resto, mostra di sapere benissimo, offrendo un vasto campionario di citazioni tratte dalla letteratura amministrativistica dell'epoca in cui si esalta la 'superiorità' del pubblico potere e la 'specialità' degli strumenti a sua disposizione. Tocqueville, certo, guarda a questa specialità con evidente apprensione, mentre gli amministrativisti suoi contemporanei — veri sacerdoti del nuovo Stato 'democratico' — la celebrano come una grande conquista civile. Ma al di là delle diverse valutazioni, la diagnosi non è sostanzialmente diversa. Il diritto amministrativo, nel momento in cui emerge alla soglia di consapevolezza degli osservatori, si presenta a tutti per quel che è: un insieme di privilegi legali a favore del soggetto pubblico diretti ad abilitarlo ad adempiere alla moltitudine dei suoi nuovi compiti.

Il taglio veramente personale del discorso tocquevilliano si manifesta invece laddove egli analizza il ruolo giocato dalla dottrina nell'assecondare questo grande *trend* costituito dalla nascita del potere amministrativo. Per sua natura, il nuovo diritto dell'amministrazione si è sviluppato all'insegna della inconsapevolezza e della occasionalità. La sua necessità è profondamente iscritta nella storia, ma esso non è il prodotto "della calcolata volontà degli uomini" ([8]), non ubbidisce a principi legislativi ben formalizzati, non si trova già organato in bell'ordine in nessun codice, ma giace disperso in una miriade di leggi e ordinanze (De Gérando, ricorda Tocqueville, ne ha dovute esaminare ottantamila per costruire il suo manuale) ([9]). Il legislatore lo crea e lo arricchisce di giorno in giorno, ma non è capace di infondergli l'autocoscienza, di farne un 'tutto', di erigerlo in sistema. A questo compito provvede la dottrina, facendo uscire "dall'analisi delle disposizioni legislative e dei fatti la teoria che ne è l'anima" ([10]). In questo senso, la nuova dottrina amministrativistica è la coscienza riflessa dello Stato-tutore ottocentesco. Essa formalizza i principii generali storicamente impliciti nella sua essenza, e scopre i denominatori comuni che stanno dietro alle singole norme.

Affascinato per un verso da quest'impresa — che rende perfettamente 'visibile' la reale natura dello Stato nuovo —, Tocqueville ne è d'altronde comprensibilmente preoccupato. Nell'erigere un nuovo sistema giuridico, infatti, i giuristi finiscono ben presto per "insegnare come assiomi di diritto dei principi generali e delle massime assolute che ben possono aver corso nelle scuole, ma che non hanno mai ricevuto sanzione formale dal legislatore" ([11]) Trincerati dietro il loro giuspositivismo di principio (comune anche ai loro colleghi civilisti), i nuovi dot-

([8]) *Relazione sull'opera di Macarel*, cit., p. 243.

([9]) *Ibidem*, p. 235. Il riferimento tocquevilliano è a J.M. De Gerando, *Institutes de droit administratif français*, Paris, 1829, 6 voll., primo tentativo di sistemazione delle norme amministrative prodotte dalla Rivoluzione in poi seguendo lo schema di quello che l'autore ritiene essere il possibile canovaccio di un "code administratif".

([10]) *Ibidem*, p. 235.

([11]) *Ibidem*, p. 239.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tori fanno mostra di presentare come dati oggettivi e indisponibili quelle stesse regole che spesso proprio loro vengono estrapolando da una prassi estremamente confusa — la quale, a sua volta, viene plasmata e orientata da questa operazione culturale secondo nuovi e precisi indirizzi.

Con ciò — com'è stato già da altri rilevato ([12]) — Tocqueville coglie un carattere strutturale della dottrina amministrativistica che sarà mantenuto per tutto il corso dell'età contemporanea — ancora oggi essendo altissimo il tasso delle norme extralegali presenti negli ordinamenti a diritto amministrativo —. E l'esempio che egli adduce a sostegno della propria denuncia è certamente il più calzante che l'ordinamento francese del suo tempo potesse offrirgli: pur non esistendo in esso alcuna norma di legge che attribuisse all'amministrazione una giurisdizione riservata *generale* sulle controversie d'interesse pubblico, a discapito del foro ordinario, in pochi anni i giuristi ottocenteschi sono riusciti ad alimentare (e con grande successo) una contraria credenza, attraverso una serie di fortunati costrutti verbali destinati ad esser osservati come diritto positivo nel foro fino ai nostri giorni ([13]). La critica tocquevilliana scopre, in questo, come proprio il secolo della legalità, per una sorta di nemesi storica, abbia riassegnato alla figura del giurista quella funzione di produttore di diritto che gli era stata propria nell'ambito della civiltà medievale: e ciò appunto sul fronte dei rapporti giuridici più importanti e delicati come sono quelli di diritto pubblico.

3) Ed eccoci alla terza, e certamente più appassionante proposta di riflessione tocquevilliana; costituita da quel problema della storicità del diritto amministrativo su cui soprattutto si sofferma, con grande sensibilità, la Prof. Battista nel suo saggio.

La constatazione secondo cui il diritto amministrativo non è altro che la forma del nuovo "Stato sociale democratico" pone immediatamente alla coscienza storica di Tocqueville due grandi questioni — l'una in maniera diretta ed esplicita (quando è 'nato' il diritto ammi-

---

([12]) G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia, Profili di amministrativisti preorlandiani,* Bologna, 1981, pp. 12-13.

([13]) Sull'apporto della dottrina alla fondazione della giurisdizione amministrativa francese, nell'ambito di una letteratura assai abbondante, basti rinviare a P. SANDEVOIR, *Etudes sur le contentieux de pleine juridiction*, Paris, 1964, e a J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970. È certo, in particolare, che le leggi sulla separazione dei poteri prodotte dall'Assemblea Costituente (e in particolare quella sull'ordinamento giudiziario del 16-24 agosto 1790, tit. II, art. 13) non avevano affatto, in origine, quel significato di precludere al giudice ordinario la cognizione delle controversie amministrative che in seguito, già a partire dai primi anni dell'Ottocento, dottrina e giurisprudenza vi hanno letto concordemente: ma si limitavano a vietare al potere giudiziario l'emanazione di atti a conteuto regolamentare, secondo quella che era stata una delle prerogative tipiche delle antiche corti sovrane.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nistrativo?); l'altra in forma più sfumata, ma non per questo meno cogente (che cosa c'era 'prima' del diritto amministrativo?).

Alla prima domanda, Tocqueville offre una risposta implicitamente articolata, corrispondentemente ai due possibili significati che il lessema "diritto amministrativo" è in grado di veicolare. Se per "diritto amministrativo", infatti, si intende il 'sistema disciplinare del diritto amministrativo', giunto alla soglia della sua autoconsapevolezza culturale e scientifica, è ovvio che esso nasce con la dottrina ottocentesca, giacché prima degli anni Dieci e Venti del secolo nessuno ha mai percepito l'esistenza di una disciplina consimile. Anzi, in questo suo primo significato il diritto amministrativo (rileva Tocqueville con una consapevolezza che sarebbe interessante accertare fino a che punto appartenga solo a lui, o sia invece condivisa dalla generalità dei suoi contemporanei) è ancora una bimbo in fasce: i commentari dei suoi cultori hanno per ora un contenuto puramente descrittivo, mentre nessuno ha individuato "i principi naturali e le regole necessarie che, nate dal fondo stesso dei bisogni e delle idee del tempo, debbono formare" la sua "parte immutabile"(14).

Diverso, e ben più complesso, è invece il problema della nascita del diritto amministrativo come insieme effettivo di istituti giuridici storicamente esistenti, al di là di ogni pensiero riflesso che ne colga le correlazioni e l'intima unità. Sotto questo profilo, il Tocqueville del '46 non si è ancora impegnato in un'analisi specifica. Identificato il diritto amministrativo nelle norme che regolano l'organizzazione e il funzionamento dell'amministrazione accentrata, egli nega senz'altro che quest'ultima sia un'invenzione napoleonica, ma non la retrodata oltre l'opera dell'Assemblea Costituente, che ha fornito a Napoleone la griglia su cui impiantare i suoi prefetti. Lo Stato democratico "concentrato" e le sue istituzioni sono qui presentate come creazioni originali della Rivoluzione.

In realtà, però, già pubblicando dieci anni prima sulla "London and Westminster Review" l'articolo intitolato *Political and social condition of France*, Tocqueville rilevava come il duplice progresso dell'eguaglianza e dell'accentramento amministrativo (che ne è l'ombra) siano fenomeni già ampiamente riscontrabili nell'ambito della monarchia assoluta (15). Sviluppando in seguito questi temi nei capitoli del secondo libro de *L'ancien régime et la Révolution* egli individua, uno ad uno, nel tessuto della vecchia monarchia tutti gli istituti costitutivi del futuro diritto amministrativo ottocentesco (dal rapporto gerarchico tra *Intendant* e *Conseil*, che assicura la coesione di centro e periferia, alla introduzione della giustizia amministrativa; dalla garanzia personale dei funzionari ai controlli tutorii nei confronti delle collettività locali). È certo, perciò, che un "diritto amministrativo" già esisteva in seno

(14) *Relazione sull'opera di Macarel*, cit., p. 244.

(15) A. DE TOCQUEVILLE, *L'assetto sociale e politico della Francia prima e dopo il 1789*, ed. cit., in part. 215-217.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'*ancien régime* — esso corrispondeva appunto a tutta quella parte dell'ordine antico che non era più 'antica', ma che lavorava proprio (pur senza averne piena coscienza) per sostituire alla vecchia società aristocratica e cetuale una nuova società di uomini eguali.

Tocqueville non arriva a chiedersi esplicitamente come mai questo "diritto amministrativo" *avant-la-lettre*, pur precedendo di un secolo-un secolo e mezzo la Rivoluzione, abbia dovuto aspettare l'Ottocento per farsi 'scoprire' dalla cultura giuridica e rendersi così pienamente 'visibile' alla coscienza degli osservatori. La risposta a questo interrogativo, tuttavia, è già tutta contenuta nella grande intuizione storiografica che anima l'opera tocquevilliana: secondo la quale la monarchia centralizzata, nell'atto in cui smantella grado a grado l'ordine aristocratico e consociativo, ne conserva tanto più gelosamente la facciata esterna, alimentando anzi con ogni mezzo l'illusione della sua stabilità e della sua imprescindibilità storica. Questa "dinamica paradossale" [16], ubbidendo alla quale la corona francese ha posto per due secoli un pari impegno nel distruggere la sostanza della società precedente e nel mantenerne la forma, impedisce allo Stato di confessarsi per quello che è realmente, ed impone alla giuspubblicistica di continuare a spacciare immagini di una statualità assolutamente tradizionale — quando ormai non decrepita —. Tutto ciò durerà fino a quando la Rivoluzione, rimuovendo lo schermo di cartapesta dietro al quale si cela la nuova società, svelerà anche la reale natura del nuovo potere ad essa solidale, legittimando la dottrina ad 'ufficializzarne' i tratti.

A questa immagine antica dello Stato 'aristocratico', del resto, Tocqueville è rimasto profondamente legato, in ragione della sua cultura e delle sue stesse tradizioni familiari, tanto da contrapporla spesso polemicamente all'attuale sistema di governo. Il tratto più caratteristico del vecchio ordine politico è per lui costituito dal primato incondizionato che in esso assumeva il potere giudiziario — come rileva la Prof. Battista attraverso una puntuale esegesi di vari luoghi tocquevilliani.

Nell'ordine nuovo, i giudici sono condannati a conoscere delle controversie puramente private, mentre nelle controversie tra i cittadini e lo Stato, ove proprio vi sarebbe necessità di maggiori garanzie e di più scrupolosa imparzialità, il giudice deve cedere all'amministratore. Il che è perfettamente conforme allo spirito dello Stato 'democratico', in cui i diritti individuali godono di piena tutela solo nei rapporti tra singoli, e non in quelli con il pubblico potere, che da un imparziale sindacato giudiziario potrebbe trovarsi intralciato nella sua missione di 'tutore' generale della collettività.

Tutto all'opposto nello Stato antico: ove le corti di giustizia in un

[16] L'espressione è di F. FURET, *Tocqueville, ad vocem,* in *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, a cura di F. FURET, M. OZOUF, trad. it. Milano, 1988, pp. 984-985: articolo che fa seguito a quello dello stesso autore già apparso nel 1978 e pubblicato in traduzione italiana col titolo *Tocqueville e il problema della Rivoluzione francese,* in ID., *Critica della Rivoluzione francese*, Bari, 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gran numero di casi "facevano da arbitri tra l'individuo e lo Stato" ([17]). "L'antica confusione dei poteri — nota la Prof. Battista — realizzata in Francia dai "Parlaments", oggetto di dura critica da parte del nuovo diritto, diventa invece nel pensiero di Tocqueville garanzia di libertà" ([18]). È nello stadio storico antecedente all'avvento dell'accentramento che bisogna cercare i veri tratti dello Stato liberale — di un ordinamento cioè in cui l'ultima parola su ogni decisione pubblica è lasciata ai giudici, ed in cui quindi il valore politico supremo è veramente riconosciuto nella tutela dei diritti individuali e nella difesa della sacralità della regola giuridica.

L'antico Stato giurisdizionale — quello che aveva trovato in Montesquieu il suo ultimo e più lucido paladino — presenta insomma allo sguardo di Tocqueville l'immagine di un potere che non pretende di "agire" a beneficio dei governanti, ma che si limita à dare a ciascuno il suo, incarnando in questo un modello di inestimabile valore politico. Ucciso, ben prima che dalla Rivoluzione, dal lento lavorìo sotterraneo della monarchia, questo modello è del resto irrimediabilmente perento. Pure, Tocqueville non sa rassegnarsi del tutto alla perdita dei grandi ideali politici che in esso vivevano; e pensa di poterne salvare almeno una parte impegnandosi nella grande crociata liberale diretta ad ottenere l'abolizione (o per lo meno il drastico ridimensionamento) del giudice amministrativo. Al pari di molti suoi contemporanei degli anni Venti e Trenta, egli finisce così per vedere nella scelta tra unicità o duplicità della giurisdizione uno dei problemi capitali della costituzione materiale del nuovo Stato, ed insieme uno dei pochi tratti della sua fisionomia non ancora definitivamente assestati, e dunque ancor plasmabili da parte della volontà del legislatore. In ciò, egli pecca indubbiamente per eccesso, elevando al rango di grande problema politico quella che in realtà è un alternativa di carattere ormai ben più modesto. Una volta costruito, in effetti, un "potere amministrativo", le grandi linee del sistema restano invariate anche se si assegna il contenzioso pubblicistico ai giudici ordinari — prova ne sia che esperienze di 'giudice unico' come quella belga del '31 o come quella italiana postunitaria non si differenzieranno in modo decisivo rispetto a quella francese. Non più soretto ormai da quel sostrato sociale aristocratico da cui prima traeva la propria autonomia politica rispetto al potere, il giudice-funzionario dello Stato amministrativo ha perso comunque la sua antica centralità costituzionale. Sul continente, lo Stato di giustizia si è ormai estinto definitivamente, facendo posto al nuovo modello di cui Tocqueville stesso, con profonda sensibilità storica, ha segnalato l'inevitabile trionfo.

([17]) *La democrazia in America*, ed. cit., p.725.

([18]) *Studi su Tocqueville*, cit., p. 287.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALBERTO MASSERA

SANTI ROMANO TRA "DIRITTO PUBBLICO" E "ORDINAMENTO GIURIDICO"

(A proposito di: Santi ROMANO, *Il diritto pubblico italiano,* Milano, Giuffrè, 1988, pp. LXIV-447 (con presentazione di Alberto ROMANO)).

"In verità in pochi autori, come nel Romano, il diritto, per la forma dell'esposizione, si avvicina tanto alla matematica. Ma anche un teorema di Euclide ha la sua bellezza, per quanto riposta". Questo giudizio, che Vittorio Emanuele Orlando apponeva a conclusione di un suo saggio di cinquant'anni fa scritto in celebrazione dell'allievo Santi Romano, sembra attagliarsi perfettamente al *Diritto pubblico italiano* che è stato pubblicato a settantacinque anni dalla sua stesura.

L'opera, infatti, si presenta come una compiuta ricostruzione scientifico-sistematica delle istituzioni costituzionali ed amministrative (ivi compreso il diritto coloniale) del tempo, secondo un metodo che è pienamente conforme ai dettami della scuola "nazionale" del diritto pubblico. La trattazione è scrupolosamente e rigorosamente giuridica, nella quale gli elementi tratti dall'ordine politico e dalla conoscenza storica delle istituzioni affiorano solo laddove strettamente necessari a fornire ausilio alla comprensione del dato del diritto positivo (anche se, come vedremo, la legge non è ritenuta esaurire l'oggetto della scienza del diritto), sì che è sempre preservata l'autonomia propria dell'ordine più squisitamente giuridico; i principi e gli istituti sono analizzati e sistematizzati con chiarezza e precisione, secondo criteri che rendono il ragionamento giuridicamente sicuro e scientificamente calcolabile e in modo tale che — per usare ancora le parole che più in genere Orlando riferiva a Romano — "il senso pratico e il senso sistematico che ordinariamente nelle scuole dei giuristi si sogliono contrapporre come in uno stato di acuta antitesi, [qui] appaiono talmente fusi, così aderenti l'uno all'altro, da potersi dire che l'uno condizioni l'altro"; "l'indagine — come rilevava G. MIELE recensendo il *Corso di diritto costituzionale* nella 5ª edizione del 1940 (recensione ora pubblicata nella raccolta dei suoi *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, I, pp. 339 ss.) — "procede diretta, unitaria, efficace nella sua concisione, donde quell'impressione di severità che colpisce il lettore".

Ma un'opera, tanto più un manuale, non può essere oggetto solo di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un esame per così dire interno, cioè limitato al suo contenuto e seppure volto a comprendere sia la verifica della sistematicità del disegno generale dell'opera medesima che della coerenza delle sue parti; essa si può prestare ad almeno altre due chiavi di lettura, che la pongano rispettivamente in relazione con lo "stato dell'arte" dello specifico settore disciplinare nel tempo in cui essa si colloca ovvero con il flusso del pensiero del suo Autore soprattutto rispetto al complessivo impegno manualistico e a quella particolare costruzione concettuale che costituisce l'asse portante del lavoro dottrinale dell'Autore stesso.

Decisamente più brevi saranno le argomentazioni sul primo dei due aspetti da ultimo menzionati. Ciò non solo perché esso tutto sommato presenta un interesse minore per lo studioso di diritto positivo, soprattutto se, per contro, parti importanti del pensiero dell'Autore di cui si verte, come nel caso di Romano, sono a tutt'oggi poste a fondamento delle ricostruzioni eseguite dalla scienza del diritto pubblico; il fatto è che i testi che è possibile assumere per il raffronto non sono compiutamente omogenei, con il risultato, quindi, che va considerato come assai forte il rischio di falsare o almeno deformare il raffronto stesso.

A differenza della Germania, ove i grandi maestri fondatori della scienza del diritto pubblico del secolo diciannovesimo sono Autori di volumi di *Staatsrecht*, in Italia la produzione giuridica dell'epoca presenta solo manuali specifici per il diritto costituzionale o per il diritto amministrativo. Tale situazione non era casuale, ma corrispondeva ad una diversità della concezione di fondo: in questo senso si esprime lo stesso Romano proprio con le proposizioni iniziali dell'opera in oggetto, laddove afferma che "non solo non esiste nella nostra terminologia scientifica un'espressione equivalente [a quella di "Staatsrecht"], ma nemmeno quella serie di norme e di principi giuridici, che la scienza germanica raggruppa e ordina sistematicamente sotto un tal nome, è presso di noi considerata come una disciplina che abbia una propria autonomia".

Tuttavia, può egualmente presentare un certo motivo di interesse effettuare qualche confronto a mò di scandaglio, utilizzando a questo scopo i manuali di diritto costituzionale e di diritto amministrativo dominanti nella cultura italiana prefascista, e cioè quelli di V.E. Orlando.

Entrambi i manuali di Orlando rappresentano, come è noto, la immediata traduzione nel lavoro scientifico di più generale risistemazione della materia di diritto pubblico dei "criteri tecnici" di quella "ricostruzione giuridica" del diritto pubblico medesimo che l'Autore aveva propugnata nella fondamentale prolusione palermitana del 1889, con intento teso alla definizione con certezza della separazione tra ordine giuridico e ordine politico. Il diritto costituzionale di Orlando si basa in particolare sulla determinazione delle componenti di quattro teorie *giuridiche* fondamentali (quelle della sovranità, del governo, del governo rappresentativo, della divisione dei poteri), che rappresentano il cuore della trattazione, vera e propria parte generale costituente premessa indispensabile dei successivi svolgimenti riguardanti l'analisi dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tre poteri e delle diverse funzioni e nella quale la definizione dei fondamenti giuridici delle teorie stesse non è peraltro mai slegata, in composizione anzi simbiotica, con la definizione delle condizioni di inveramento dei fondamenti della più ampia concezione istituzionale e culturale di Orlando, connessa con la costruzione dei lineamenti dello Stato giuridico e nazionale.

Nel *Diritto pubblico italiano* di Romano, invece, l'analisi delle istituzioni muove dalla descrizione degli elementi costitutivi dello Stato (i cittadini, il territorio, la potestà) e dopo si scioglie nell'analisi puntuale dei diversi organi e delle diverse funzioni (peraltro condotta secondo criteri che solo cautamente si rifanno alla sistematica tradizionale della divisione dei poteri, a sua volta criticata con motivazioni che sono direttamente indirizzate a cogliere le insufficienze della sistematica stessa — perché la differenziazione di tali poteri "non è completa e assoluta", perché la loro somma non esaurisce "l'intero contenuto della potestà statale", perché ciascuno di essi «può a sua volta comprendere diversi poteri più ristretti" (pp. 52-54) — piuttosto che non, come in Orlando, a colpire le utilizzazioni che ne sono state fatte per stabilire la preminenza di un potere sugli altri e in definitiva, in via mediata, con riguardo alla questione cruciale del fondamento della sovranità): ne deriva che quelle componenti teoriche che nell'opera di Orlando abbiamo visto rappresentare il presupposto indispensabile dell'opera stessa, nell'opera di Romano ricompaiono — per quanto ovviamente reso possibile dalla misura dell'adesione concettuale dell'Autore — solo a supporto della esposizione delle varie parti del diritto pubblico nelle quali esse possono trovare applicazione. Per meglio illustrare questo atteggiamento del lavoro di Romano si può fare ancora una volta ricorso alle espressioni celebrative pronunciate da Orlando nei confronti dello stesso: "egli, se mi si permette l'espressione, osserva realisticamente: ma nel tempo stesso e con sicura immediatezza, trasforma questa sua osservazione realistica in un concetto sistematicamente coordinato; pertanto, la sua osservazione non è mai empirismo, così come il suo sistema non è mai preconcetto".

Peraltro, la vera premessa dell'esposizione di Romano è un'altra, e risiede nella ricostruzione storica della formazione del Regno unitario d'Italia e dei suoi caratteri giuridici. Né ciò può apparire in contraddizione con quanto osservato inizialmente sul metodo del lavoro romaniano, poiché quella parte è strettamente connessa e funzionale alla verifica del fondamento primo dell'intera ricostruzione scientifico-sistematica dell'Autore, e precisamente l'affermazione della piena giuridicità di quel processo, che egli qualifica in termini di "annessione unitaria" (pp. 8 ss.), come manifestazione di un principio ancora più generale e preliminare, cioé del principio della piena giuridicità di un nuovo ordinamento (nella specie, l'antico Stato piemontese ingrandito) già nel momento della sua instaurazione in forza dell'immediato trascorrere del fatto nel diritto, che Romano aveva affermato in altro suo scritto fin dal 1902 fondandolo sulla necessità come fonte giuridica e che ribadirà

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

successivamente ne *L'ordinamento giuridico* con l'affermazione che, come ogni ordinamento, lo Stato "è ente giuridico perché esiste e dal momento in cui ha vita. La sua origine non è un procedimento regolato da norme giuridiche; è un fatto. Ora, il diritto si ha appena questo fatto è compiuto, appena si ha uno Stato effettivo, vivo e vitale; la norma invece può essere posta da esso in seguito. La prima posizione del diritto non è quindi data da quest'ultima, che ne è una manifestazione più tardiva e sussidiaria. Del resto, prima e fuori l'istituzione non ci può essere il diritto, appunto perché manca l'organizzazione che rende giuridica la norma" (pp. 50-51 della 3ª edizione, Firenze, Sansoni, 1977): è la notissima dottrina della equazione, "necessaria ed assoluta", tra il concetto di ordinamento giuridico e il concetto di istituzione.

Parimenti diverso è l'impianto che nel *Diritto pubblico italiano* Romano fornisce del diritto amministrativo rispetto ai *Principii* scritti in materia da Orlando. Ciò non solo perché — come rileva puntualmente nella sua *Presentazione* Alberto Romano (p. LXIII) — il diritto amministrativo è dal primo, in questo anche facilitato dal più stretto collegamento che la sede di trattazione favoriva, "esposto sempre, anche se non sempre esplicitamente, sulla base del diritto costituzionale" (mentre la posizione di Orlando è assai più nettamente volta a preservare le condizioni di autonomia del diritto amministrativo, rifiutando ad esempio la tradizionale definizione per la quale l'amministrazione pubblica è quella che "risponde all'idea di potere esecutivo" perché ciò porterebbe il diritto amministrativo a fondare il suo criterio ispiratore su di un'altra scienza, laddove Romano resta invece sostanzialmente fedele anche per questa parte alla sua notissima concezione del diritto costituzionale come il "tronco" dell'ordinamento statale).

È che sono gli stessi contenuti del diritto amministrativo ad essere costruiti in maniera diversa e secondo prospettive diverse. Orlando, infatti, pone una netta delimitazione di campo per il diritto amministrativo, lasciando ad esso principalmente lo studio dell'attività dei pubblici poteri volta alla tutela del diritto dei consociati che non è assorbita dalla giurisdizione, con una operazione che si fonda essenzialmente sulla distinzione tra attività giuridica e attività sociale dello Stato (della quale ultima viene conservato al diritto amministrativo lo studio del solo "lato" giuridico), che a sua volta si collega a quella tracciata tra lo stesso diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione. In Romano, di contro, il diritto amministrativo (anche se ovviamente con più limitati svolgimenti rispetto ai suoi precedenti *Principii di diritto amministrativo* e con una più ampia concessione a quel criterio della descrizione secondo i vari rami dell'attività amministrativa che egli aveva criticato nei *Principii* stessi ma il cui parziale utilizzo era probabilmente inevitabile in un manuale destinato ad un pubblico straniero) si allarga a comprendere l'analisi dell'intervento dello Stato nei rapporti sociali per fini diversi dal fine del puro mantenimento del diritto in quanto riconsiderato e problematizzato nell'ambito di quella ricostruzione sistematica dei poteri e diritti della amministrazione e delle sue prestazioni in relazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alle posizioni soggettive dei privati, che era stata formulata nell'ambito delle nove "teorie" giuridiche nelle quali si articola la trattazione del diritto amministrativo nel citato manuale dello stesso Romano a questa materia specificamente dedicato (è ben conosciuto, del resto, il giudizio espresso nel 1940 in proposito da Massimo Severo Giannini nei *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in questa rivista ripubblicati nel 1973, pp. 179 ss., per il quale i *Principii di diritto amministrativo* di Romano, "scritti appena agli inizi del secolo, formarono il più notevole tentativo della nostra scienza a costruirsi una problematica propria" e come tali "sopravanzarono lo stato in cui era la dottrina").

Queste ultime considerazioni ci portano direttamente a passare alla seconda parte della presente lettura, nella quale si utilizzeranno come termini del raffronto essenzialmente i manuali immediatamente precedenti o successivi rispetto al *Diritto pubblico italiano* (i *Principi di diritto amministrativo* del 1912; il *Corso di diritto costituzionale* del 1926 e il *Corso di diritto amministrativo* del 1930; per il periodo precedente al conflitto mondiale sembra che esistano anche alcune serie di *Lezioni di diritto costituzionale* — del periodo 1903-1907 come trascrizione delle lezioni modenesi, secondo quanto testimonia M. Fioravanti, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di S. Romano*, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento,* Napoli, Liguori, 1986, pp. 309 ss., ed ancora del 1912, in una edizione pisana — che non ho però avuto modo di consultare), nonché l'opera principale e più nota di Romano, *L'ordinamento giuridico*.

L'intelaiatura del *Diritto pubblico italiano*, per la parte che riguarda i poteri pubblici supremi, non subisce vistose alterazioni nel passaggio al *Corso di diritto costituzionale*; ciò sembra dovuto in maniera evidente alla diretta fondazione che l'Autore fa della forma di governo vigente nelle norme statutarie. Tuttavia è importante richiamare l'attenzione su alcuni punti specifici per gli effetti di ricaduta che essi hanno sul complessivo disegno del sistema costituzionale; e innanzitutto, per quanto concerne la collocazione del popolo in quel sistema e la conseguente configurazione del rapporto di rappresentanza.

Il popolo, si è già visto, è considerato nel manuale del 1914 elemento dello Stato; esso non è anche organo dello Stato perché è, "nel suo insieme, qualche cosa di più di un organo dello Stato: di quest'ultimo esso non è una sfera parziale e circoscritta, ma il sostrato fondamentale e generale" (p. 137). Ma, inoltre, il popolo partecipa con un suo organo all'organizzazione dello Stato: la Camera, infatti, "è organo dello Stato, ma è tale in quanto e perchè è contemporaneamente organo del popolo"; l'elezione, infatti, "non ha solo il significato della nomina di persone capaci che, una volta elette, si emancipano dal popolo, ma ha anche quello di una sanzione al rapporto permanente che deve intercedere fra popolo e Camera" (pp. 139-140); come tale, la funzione elettorale è funzione pubblica, non dello Stato, e il suo esercizio, che costituisce esercizio "civico" e non "privato" di pubblica funzione, spetta "alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

collettività dei cittadini, che l'esercitano nell'interesse generale, che è anche l'interesse dello Stato, ma in nome proprio" (p. 138).

Con queste proposizioni Romano assume una posizione doppiamente rilevante: da una parte, infatti, egli si discosta nettamente dalla dottrina allora dominante (basti citare i nomi di Orlando e Ranelletti), che negava alla teoria tradizionale della rappresentanza politica ogni carattere giuridico, dall'altro segna un chiarissimo *revirement*, evidentemente dettato da una consapevole e lungimirante presa d'atto degli irreversibili cambiamenti indotti dall'introduzione nell'ordinamento italiano del principio del suffragio universale, rispetto alla posizione assunta in materia a fine secolo in uno scritto sulla nozione e natura degli organi costituzionali (ora raccolto negli *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, I, pp. 1 ss.), ove la conquista di una configurazione assolutamente unitaria dello Stato nella sua personalità giuridica aveva portato l'Autore a concepire la rappresentanza politica, nessun organo escluso, come "rappresentanza di Stato" ed a negare ogni contrapposizione ed ogni antinomia al suo interno, stante l'inesistenza di "organi dell'elemento democratico come di organi dell'elemento aristocratico". E tale mutamento di posizione è destinato ad essere recepito, quasi con le stesse parole del 1914, nel *Corso* del 1926 (pp. 166ss.).

Con questa costruzione Romano contemporaneamente ribadisce dunque la assolutizzazione dei valori della unità e della impersonalità del potere pubblico; la stessa Corona, cui pure è riferita la qualifica di "cosiddetto organo sovrano" in funzione essenzialmente dei suoi poteri di rappresentanza integrale dello Stato, viene assegnata ad una posizione di "primus inter pares", di organo tra gli altri organi costituzionali, in quanto al primo non si può riconoscere, secondo il modulo ricorrente nella dottrina germanica, l'attributo di *Träger der Staatsgewalt* ed i secondi "non si possono dire ad essa sottoposti"; né, d'altro canto, il diritto positivo italiano "riconosce il principio delle monarchie limitate, per cui esiste in favore del sovrano una presunzione di competenza riguardo a tutti i poteri non affidati espressamente ad altri organi costituzionali". Romano ha cura pertanto di salvaguardare una configurazione eminentemente monistica dello Stato che trova alimento direttamente dallo Statuto, nel cui art. 2 era posta la formula secondo la quale "lo Stato è retto da un Governo monarchico rappresentativo": ciò comporta, secondo l'Autore, che non può esistere un organo "che accentri in sé tutti i poteri e sovrasti sostanzialmente a tutti gli altri", che il "Governo italiano non è assoluto ma costituzionale", e rende quindi necessaria "la ripartizione fra diversi organi rispettivamente indipendenti dell'esercizio della potestà statuale" (pp. 112-113 del *Diritto pubblico italiano*; v. anche dello stesso p. 434 per il fondamento di stretto diritto positivo dato ai poteri del Re).

Tale configurazione viene riprodotta quasi letteralmente nel *Corso* del 1926, ma con alcune significative correzioni sparse nelle varie parti del testo, con le quali Romano sembra prendere atto dei mutamenti indotti nell'assetto costituzionale dal cambiamento di regime e in partico-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lare dalla legge 2263/1925. La (limitata) posizione di preminenza della Corona è esplicitamente svuotata di contenuti sostanziali nei confronti degli altri organi costituzionali e connotata invece con elementi formali, di ordine procedurale (pp. 147-148); scompare nella definizione dei principi della forma di governo italiana quali si deducono dall'art. 2 dello Statuto quello che sanciva la impossibilità di un accentramento di poteri in capo ad un organo rispetto agli altri (p. 91); al contrario, si dà atto della "funzione specifica che è affidata al Gabinetto di coordinare i vari organi dello Stato, compresi quelli supremi" (p. 211); si mette in più netta evidenza che la circostanza per cui il Gabinetto opera in stretto raccordo con la Corona non implica che la sua competenza ordinaria non abbia carattere istituzionale e che quindi gli venga delegata dal Re (o tanto meno dalle Camere), e che pertanto "il Gabinetto non ha l'obbligo giuridico di determinarsi secondo le prescrizioni di altri organi costituzionali" (p. 206); il Primo Ministro "è l'autorità da cui dipende l'indirizzo politico del Governo, del quale è capo" (p. 208) (mentre nella opera precedente si diceva che egli nei confronti dei Ministri "non assume una posizione più alta di quella del *primus inter pares*": p. 175); il principio del governo parlamentare, tuttora ritenuto vigente, non trova fondamento su disposizioni espresse dello Statuto, nè può fondarsi su una consuetudine, ma su un sistema di vere e proprie norme giuridiche che derivano dai principi generali del diritto pubblico, che tuttavia, rispetto all'opera precedente, vengono ora definite "non cogenti in modo assoluto e, in ogni caso, molto elastiche, essendo la loro applicazione connessa all'esercizio di larghi poteri discrezionali", poteri che non devono essere comunque impiegati in modo tale da provocare fenomeni di degenerazione del sistema "come spesso è avvenuto nel c.d. parlamentarismo" (pp. 210-211); gli stessi limiti del potere legislativo, nei suoi rapporti con lo Statuto, sono oggetto di una esposizione assai più profondamente rinnovata rispetto al manuale del 1914 di quanto possa apparire ad una primissima lettura, secondo le linee di una trattazione che perfino con un vago spunto di ironia prende atto delle modificazioni che "apertamente e direttamente", e quindi per volontaria iniziativa del legislatore e non più solo sulla base prima di tutto della necessità, sono state operate nel tessuto normativo statutario (pp. 226-229).

Nelle pagine iniziali del *Diritto pubblico italiano* Romano ricorda l'influenza che la dottrina di lingua germanica ha avuto sulla dottrina italiana. A questa vicenda anch'egli non sembra essersi sottratto, specie nella prima parte della sua attività di studioso, seppure i parametri per la formazione del suo pensiero risultano essere stati, invece che Gerber e Laband (dei quali abbiamo visto rifiutare la concezione dualistica della forma di governo), piuttosto il *System der subjektiven öffentlichen Rechte* di G. Jellinek (cfr. *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi* nel primo volume del *Trattato di diritto amministrativo* diretto da Orlando, pp. 111ss.) o la *Genossenschaftstheorie* di O. v. Gierke (richiamata dallo stesso Romano ne *L'ordinamento giuridico*, pp. 131-133). In

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

particolare all'influenza del primo è da ritenersi che possa ancora essere derivata l'attenzione non secondaria che Romano dedica nel manuale del 1914 al tema delle libertà; ma in esso il giurista siciliano va al di là della originaria costruzione jellinekiana.

Ciò non nel senso nell'ancoraggio delle libertà ad un fondamento metagiuridico ed extra-statuale; ché anzi assai sbrigativamente Romano ribadisce che il diritto di libertà "non è anteriore all'ordinamento giuridico dello Stato, ma da esso, e soltanto da esso scaturisce" (p. 97). Romano approdondisce invece il paradosso in cui finiva ancora per dibattersi la dottrina jellinekiana quando fondava pur sempre i diritti pubblici soggettivi sullo *status subiectionis* dell'individuo di fronte allo Stato, da cui derivava in via successiva una serie di altri *status*, cercando di superarlo attraverso l'idea che "le libertà costituiscono l'oggetto di un diritto del suddito nel momento in cui la sua personalità appare meno compenetrata con quella dello Stato, in modo che esse non possono considerarsi solo come atteggiamenti e manifestazioni dello Staatsrecht, ma si affermano in una certa antitesi a quest'ultimo, come un suo al di là, pure ammettendo che derivino da un limite che, secondo la dottrina corrente, lo Stato si sia posto da sé" (p. 93).

La libertà, pertanto, "importa la negazione di ogni illegittimo ostacolo alla personalità individuale. Essa è una immediata manifestazione di tale personalità, e si traduce in uno dei diritti di quest'ultima, cioè in un diritto assoluto, *erga omnes*, che però nel suo esercizio, naturalmente si concreta verso il singolo subbietto da cui deriva l'ostacolo all'esercizio medesimo, specificandosi, talvolta, in varie figure tipiche". Romano, quindi, sembra anticipare quel carattere dei diritti di libertà che oggi è conosciuto con la formula della *Drittwirkung* dei diritti stessi, senza che questo implichi — ciò che del resto sarebbe assolutamente estraneo alla concezione di Romano — una "negazione di ogni rilievo al contenuto "positivo" di tali diritti" (A. Pizzorusso, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca. Art. 1-10,* Bologna-Roma, Zanichelli-Ed. Foro it., 1988, pp. 37-38, che espressamente richiama sul punto Romano seppure con riferimento ai *Principi di diritto costituzionale* del 1947).

Nel *Corso* del 1926 queste valenze vanno almeno parzialmente perdute. Viene scrupolosamente ribadito che l'unico fondamento dei diritti pubblici soggettivi è il diritto positivo (p. 67); il diritto di libertà viene più rigorosamente limitato al solo diritto ad una *omissione* da parte dello Stato, ma soprattutto scompare significativamente quel principio generale affermato nel 1914 per cui "il diritto di libertà può farsi valere tutte le volte che non risulta, in modo espresso e tacito, una limitazione imposta all'individuo; in modo che, nel dubbio, l'onere della prova non spetta a chi afferma la libertà, giacché questa si presume, ma a chi afferma la limitazione" (p. 96). Nel 1926 di tale principio è data una versione assai più ristretta e comunque operante su di un piano almeno in parte differente, legata alla applicazione del diverso principio di eguaglianza, per cui "la libertà di ogni cittadino è, in mancanza di contrarie

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disposizioni, da presumersi uguale a quella concessa agli altri soggetti della medesima categoria" (p.316).

Sul versante del diritto amministrativo considerazioni interessanti possono innanzitutto trarsi dalle valutazioni che nel succedersi del lavoro sui manuali Romano offre delle questioni riguardanti il carattere discrezionale dell'attività della pubblica amministrazione e il fondamento del suo potere regolamentare: questioni che, come è noto, sono in buona misura tra di loro collegate, e che comunque possono fungere assai utilmente da parametri ai fini dell'apprezzamento della concezione complessiva dell'Autore circa il ruolo occupato nell'ordinamento dalla pubblica amministrazione.

I *Principii* del 1912 sono in realtà la terza edizione di un'opera che aveva visto la luce oltre dieci anni prima, cioè nell'ambito di un periodo dell'attività intellettuale di Romano fortemente influenzata, come si è avuto modo di osservare anche in questa sede, dalla riflessione sulle dottrine tedesche. Non può quindi stupire che in quel manuale sia fortemente presente una robusta concezione della amministrazione, peraltro già anticipata, per gli aspetti che subito vedremo, in un saggio ancora precedente del 1898 (*L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, ora negli *Scritti minori*, I, pp. 93 ss.) e soprattutto non lontana da quel modello di potere autonomo ed originario per l'appunto largamente diffuso nelle dottrine d'oltre Alpe: da qui l'affermazione che "l'amministrazione non si esplica sempre in obbedienza a norme legislative, e quindi non è a riguardarsi come una pura esecuzione di queste: l'ordinamento giuridico le impone soltanto dei limiti, entro i quali la lascia comunemente libera, in modo che nella effettiva e concreta volontà dello Stato, e non soltanto in generali precetti giuridici, hanno il loro fondamento gli atti relativi" (pp. 2-3); da qui, conseguentemente, la scarna definizione data del carattere della discrezionalità del potere amministrativo, ricondotto principalmente ad un problema di interpretazione (pp. 17-18); da qui, ancora, il collegamento del potere regolamentare all'esercizio di poteri discrezionali e il fondamento di entrambi su una norma, che però "può non essere legislativa", e, in ordine logico, la sua subordinazione in particolare a "limiti e condizioni risultanti dalla norma speciale cui si riattacca e che è possibile determinare solo caso per caso" (p. 21).

Nel *Diritto pubblico italiano* il quadro concettuale di riferimento è in buona misura mutato, dove il modello originario di amministrazione perde in parte i suoi connotati più forti. Per l'amministrazione, infatti, anche nei casi in cui l'attività sia discrezionale, "il diritto costituisce sempre, oltre che un limite negativo, una norma positiva", per cui se "l'amministrazione non può interamente ridursi al concetto di "esecuzione" delle leggi e delle altre norme", essa "è certo un'attività che non può dirsi libera, se non nel significato molto relativo, che comporta la natura dei poteri discrezionali" (p. 277); il potere regolamentare viene in parte sganciato dal potere discrezionale, in quanto i due poteri non si trovano in situazione di perfetta corrispondenza, poiché il primo può

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sussistere anche in mancanza del secondo; è solo vero che, entro i limiti di materie non totalmente disciplinate dalla legge, l'autorità competente a provvedere per atti singoli può emanare norme regolamentari "purché il regolamento non contenga disposizioni diverse da quelle che si potrebbero prendere caso per caso", mentre "occorre una autorizzazione legislativa perché la potestà regolamentare sia qualcosa di più ampio che non la semplice facoltà di disporre in via generale e preventiva ciò che si potrebbe disporre caso per caso" (pp. 257-258).

Nel *Corso* del 1930 il discorso presenta ancora dei mutamenti, anche in connessione — è da ritenersi — con i cambiamenti intervenuti a loro volta ai più alti livelli istituzionali. Nell'ambito del potere esecutivo si stacca ormai in maniera chiara (ciò che nel *Diritto pubblico* era ancora solo appena intuito: pp. 53 e 113) l'attività politica e di governo, cioè "quell'attività di ordine superiore che concerne la direzione suprema e generale dello Stato nel suo complesso e nella sua unità", rispetto alla quale l'amministrazione si svolge in una sfera subordinata ed inferiore ("Dio governa il mondo, ma non amministra": p. 5); viene ribadito che il diritto costituisce per l'amministrazione, oltre che un limite negativo, una norma positiva che deve eseguire e che quindi circoscrive la discrezionalità alle finalità sia pure genericamente determinate dalla norma da cui essa deriva (p. 40); la disciplina del potere regolamentare viene più strettamente riportata al nuovo quadro normativo (la legge 100/1926), assumendo questa volta come termine di riferimento la distinzione tra regolamenti che hanno efficacia nei confronti della generalità dei cittadini e regolamenti che hanno efficacia meramente interna e limitando solo con riguardo ai secondi la facoltà dell'autorità amministrativa di emanare senza autorizzazione legislativa, generale o speciale, norme per disciplinare l'esercizio nei casi singoli delle proprie funzioni aventi carattere discrezionale, mediante disposizioni che non potranno peraltro essere diverse da quelle che si potrebbero prendere caso per caso (pp. 50 ss.).

Le considerazioni testè svolte non implicano nondimeno il riconoscimento di un atteggiamento di disinteresse in Romano per i problemi e le esigenze del progrediente Stato amministrativo. Basti prendere in esame la costruzione del concetto giuridico di organo amministrativo e delle sue condizioni di operatività.

Al riguardo la trama dell'esposizione contenuta nel *Diritto pubblico italiano* è ancora in larghissima misura quella dei *Principii*, a sua volta derivata dal già menzionato saggio sulla *Nozione e natura degli organi costituzionali* di fine secolo; d'altronde quella costruzione costituiva un grande avanzamento della dottrina giuridica, non solo rispetto alla costruzioni naturalistiche della dottrina ottocentesca più legata agli schemi bio-organicisti, ma anche rispetto alle pur significative innovazioni apportate in materia da Gierke e soprattutto da Jellinek. Come si è avuto modo di osservare altra volta, la individuazione e la separazione di un elemento astratto (il pubblico ufficio, la sfera di attribuzione) dall'elemento concreto (la persona ad esso preposta) nel-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'ambito del concetto giuridico di organo e la contrapposizione di questo concetto a quello tradizionale nel diritto privato, di rappresentante, contribuirono a determinare, weberianamente, l'oggettivazione delle funzioni amministrative e la razionalizzazione dei relativi apparati di esercizio, nello stesso tempo concorrendo altresì all'estensione e al perfezionamento delle garanzie dei cittadini; per questa parte, infatti, ancora Romano, nel 1914, ha cura di ribadire che "sembra a noi che il diritto italiano — e qui invero il punto di frizione con gli Autori tedeschi è più forte — muova dal principio di considerare gli atti compiuti dai funzionari, persino se viziati entro certi limiti da incompetenza o altra illeggittimità, come atti compiuti immediatamente dallo Stato, in modo che essi debbono a quest'ultimo imputarsi, non per rifrazione, per riferimento, per richiamo di un rapporto speciale di rappresentanza, ma inizialmente e direttamente" (p. 108), così come ha cura di riaffermare, in particolare questa volta contro la diversa opinione di Ranelletti, la giuridicità dei rapporti interorganici come rapporti "riflessivi" (p. 105-106).

Ma nel *Corso* di diritto amministrativo del 1930 (peraltro già anticipato sul punto dal *Corso di diritto costituzionale* del 1926), Romano compie un passo ulteriore, che successivamente verrà più distesamente argomentato nel saggio intitolato *Organi* e raccolto nei *Frammenti di un dizionario giuridico* (Milano, Giuffrè, 1947, pp. 145 ss.). Definendo anche il concetto di organo in termini di istituzione, Romano finisce invero per riferire anche all'interno della organizzazione dello Stato quella problematica di costruzione del diritto in rapporto al fatto sociale che ne *L'ordinamento giuridico* era rivolta soprattutto a sistematizzare le relazioni tra ordinamenti diversi (e in particolare tra ordinamento statale e ordinamenti non statali) e rendere lo Stato, in definitiva e come già detto nell'opera principale (p. 219), una "istituzione complessa" formata da istituzioni: tutto ciò implica, per un verso, non negare fondamentalmente — per usare ancora la terminologia romaniana — una forma di *suità*, giuridicamente significativa, degli organi statali, ma, per altro verso, significa anche riportare quelle entità sociali che si vanno organizzando nell'ordinamento generale dentro la sfera strutturale dello Stato-persona che, amministrativizzandosi, è in grado di muovere verso la società vedendo nel contempo conservata ed anzi formalmente esaltata la propria unità, nella trasformazione della dialettica sociale tra centri di interessi collettivi in dialettica istituzionale tra centri di interessi amministrativi.

Ciò consente inoltre a Romano di abbandonare (p. 86ss.; v. anche il saggio coevo su *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, ora in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, II, pp. 299 ss.) quella configurazione degli enti "autarchici" in termini di "organi indiretti" dello Stato (-persona) che tanta fortuna ha avuto nella dottrina giuspubblicistica, ma che non assicurava una corretta corrispondenza della qualificazione scientifica alla realtà dei rapporti tra gli enti e lo Stato e tra gli enti medesimi: fa ora invece la sua comparsa quel termine di enti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"ausiliari" destinato a ben più attuale successo nella letteratura di diritto pubblico e che è significativamente annunciato dal *Diritto pubblico italiano* (pp. 109ss., 211ss.), sebbene qui nei modi di una figura più ampia rispetto a come viene normalmente intesa oggi, comprensiva anche delle fattispecie nelle quali sono gli individui ad operare accanto allo Stato (esercizio privato di funzioni e servizi pubblici, azioni popolari, etc.).

È a questo punto che si impone con particolare forza il confronto, evidentemente assai suggestivo, del manuale del 1914 con *L'ordinamento giuridico*, confronto al quale occorre dedicare alcuni sia pur concisi svolgimenti. Va subito rilevato che manca nel manuale (come invece si può trovare nelle prime pagine del *Corso di diritto costituzionale* del 1926) un capitolo nel quale Romano prenda espressamente posizione sulle questioni della natura del diritto e del rapporto tra diritto e organizzazioni sociali e soprattutto con lo Stato; peraltro, non è difficile poter osservare come tutta la trama del *Diritto pubblico italiano* sia profondamente e continuamente impregnata della concezione istituzionale del diritto e della concezione della pluralità degli ordinamenti giuridici, che, come è noto, costituiscono l'ossatura del libro del 1917-18: e in questo senso con piena ragione rileva nella sua *Presentazione* Alberto Romano, che "questo *Diritto pubblico* non è "altro" rispetto all'*Ordinamento*, è *l'Ordinamento* medesimo obiettivato nella descrizione del sistema all'epoca positivamente vigente" (p. XXX).

Le innovazioni concettuali contenute nella costruzione dottrinale di Romano, così come saranno poi sistematizzate nella sua opera più importante, compaiono qui nel tessuto dell'esposizione spesso quasi d'improvviso, ma sempre a significativo supporto, come parti appunto di una teoria generale, del ragionamento su temi particolarmente delicati dal punto di vista dogmatico: così, il valore eccedente dell'ordinamento giuridico rispetto alle norme, pur considerate come sistema, è enunciato a proposito del contenuto della legge in quanto atto o fatto costitutivo dell'ordinamento giuridico, nell'ambito di una spiegazione delle conseguenze di quest'ultimo concetto articolata su più argomentazioni di ordine logico-giuridico, laddove viene precisato che "è preferibile parlare di 'ordinamento giuridico', invece che di 'norme giuridiche', [...] perchè il diritto obiettivo non consta, come generalmente si crede, solo di norme, ma anche di istituzioni, che talvolta giova considerare in sè e per sè, a prescindere dalle norme che ne derivano" (p. 230); a sua volta, il carattere differenziale dell'elemento della sanzione ai fini della definizione della norma giuridica viene negato, avendo riguardo al punto della efficacia della norma stessa, con l'affermazione che "non è la sanzione materiale, la coercizione, che rende giuridica una norma, ma soltanto il fatto che essa si ricollega, facendone parte, a tutta una organizzazione istituzionale, da cui in modo diretto o indiretto, assoluto e relativo, viene protetta" (p. 35), non diversamente da come, d'altro canto, per Romano, secondo quanto sappiamo da *L'ordinamento giuridico*, la sanzione è elemento inerente al diritto proprio per il suo carat-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tere istituzionale; ed ancora, parlando a proposito del problema delle lacune dell'ordinamento e della differente soluzione che ad esso deve essere portata a seconda che riguardi il diritto privato o il diritto pubblico, viene ulteriormente precisato che "nel diritto pubblico, oltre, anzi prima delle norme che lo costituiscono, noi abbiamo delle istituzioni, di cui l'ordinamento giuridico vuole l'esistenza" (pp. 37-38).

La "necessarietà" e l'"assolutezza" della equivalenza tra ordinamento giuridico ed istituzione sono, come già rilevato, proposizioni centrali della dottrina romaniana de *L'ordinamento giuridico*, così come la conseguente identificazione tra Stato e ordinamento giuridico statale (cui si giustappone invece l'elaborazione della differenza tra Stato-ordinamento originario e Stato-persona giuridica in quanto definito tale dal diritto positivo, così importante per i futuri sviluppi della costruzione in termini giuridicamente fondati del principio della sovranità popolare e che è già *in nuce* contenuta nel manuale del 1914, pp. 41-42), dalle quali deriva pure la critica alla teoria jellinekiana della autolimitazione dello Stato, legata all'idea che "non esiste alcun momento in cui esso non sia limitato, appunto perché, sin dalla sua origine, esso è un ordinamento" (p. 82). Anche sotto questo profilo già nel 1914, invero, affrontando, il tema della capacità e potestà dello Stato, l'Autore ha modo di asserire che "sembra che sia del tutto improprio ricondurre la capacità passiva dello Stato alla sua potestà d'imperio, considerandola come effetto di un comando che esso rivolgerebbe a sè medesimo"; e "ad ogni modo risulta che la potestà dello Stato non è una potestà assoluta... Che essa sia la potestà più alta, la potestà piena e perfetta che determina da sè i suoi scopi e in sè rinviene i mezzi necessari a raggiungerli, la potestà sovrana che può, almeno di regola, modificare lo stesso ordinamento da cui i suoi limiti risultano, non implica che non sia una potestà disciplinata e quindi non assoluta o arbitraria, anche quando pone o muta l'ordinamento medesimo. Ne viene che tale potestà non può considerarsi una semplice potestà di fatto, un limite *a quo* del diritto, il quale invece regola tutti i suoi momenti e ne è elemento essenziale. La concezione che essa sia un *prius* dell'ordinamento giuridico, che poi la limiterebbe e perciò ne farebbe un potere giuridico è arbitraria, così dal punto di vista logico come dal punto di vista della realtà storica. Invece l'affermazione di essa e la sua limitazione per mezzo del diritto sono sempre e inevitabilmente momenti concomitanti" (p. 51).

D'altro canto, la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, con la conseguente analisi delle relazioni tra di loro intercorrenti, è anch'essa resa in qualche modo già attuale nel manuale del 1914. Così la potestà della Chiesa cattolica verso i fedeli e gli enti gerarchicamente inferiori riposa sul carattere di ordinamento giuridico da attribuirsi all'ordinamento ecclesiale (pp. 401 ss.), riconoscimento questo, anzi, che acquista tanto maggior rilievo, ove si ricordi l'affermazione di M. S. GIANNINI (*Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, "Riv. dir. sport.", 1949, 1-2, pp. 10 ss.), per cui diritto ecclesiastico e diritto internazionale sono state le discipline che "in fondo avevano sol-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lecitato, con le loro problematiche, la stessa fondazione della teoria ad opera di Romano"; così l'autonomia, come potestà degli enti pubblici di darsi, "entro una determinata misura e con determinati effetti, un proprio ordinamento giuridico" (p. 261), segna appunto il modo della rilevanza degli ordinamenti dipendenti rispetto all'ordinamento originario (lo Stato); così ancora la giuridicità degli ordinamenti interni (p. 256) è il presupposto per la pluriqualificazione degli atti precettivi posti in essere negli ordinamenti stessi: norme interne per questi ultimi, atti rilevanti per altri effetti, o totalmente irrilevanti, per l'ordinamento esterno (pp. 232 e 255-256; cfr. invece il diverso modo di costruzione delle norme interne nei *Principii* (pp. 17 e 22), nei quali esse trovano il loro titolo nella sovranità generale dell'ente pubblico ovvero — ma allora si sarebbe dovuto parlare più propriamente di atti generali non normativi — in poteri e rapporti di supremazia speciale).

Sempre nel filone della ricerca della continuità di pensiero tra il manuale del 1914 e l'opera maggiore del 1917-18 colpisce invece l'assenza di riferimenti a quel materiale incandescente, tratto dall'analisi della realtà fattuale, che era stato oggetto della prolusione del 1909 su "Lo Stato moderno e la sua crisi" (ora raccolta nel volume ad essa intitolato, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 3ss.), cioè di quello studio che, secondo una interpretazione ormai sufficientemente consolidata, aveva costituito l'avvio della riflessione di Romano destinata a sfociare nella teoria dell'ordinamento giuridico (cfr. per tutti S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione dell'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in questa rivista, 1972, pp. 243ss.). Non una parola è riservata nel *Diritto pubblico italiano* ai fenomeni associazionisti e sindacali la cui crescita tanto aveva impressionato Romano nel saggio del 1909 e che al giurista siciliano era sembrata contenibile solo attraverso il rinsaldamento dello Stato-persona, "luminosa creazione" del diritto, "supremo potere regolatore e perciò poderoso mezzo di equilibrio" per una società ben ordinata ma più compiutamente organizzata appunto grazie all'apporto del movimento corporativo; ed una sola volta nel corso di tutta l'opera si fa menzione dei partiti, per ricordare la normale provenienza da essi dei Ministri "scelti" dal Re (p. 178), mentre nessun cenno ai partiti medesimi ricorre ad esempio a proposito del momento elettorale, o delle crisi governative extra-parlamentari, o della stessa libertà di associazione.

Sembrano allora riproporsi con particolare evidenza le antinomie del pensiero e più in genere dell'atteggiamento romaniano, sulle quali tanto si è affaticata anche la dottrina a noi temporalmente più vicina; argomentando da ultimo sulla base delle più recenti riflessioni su Romano (da parte di C. BERSANI, in *Clio*, 1988, pp. 145ss.), si sono ricordate per un verso la interpretazione di chi ritiene che "l'ordine istituzionistico di Santi Romano è il fondamento del potere autocratico dell'amministrazione" (M. FIORAVANTI, *Stato di diritto,* cit.) e per altro verso quella di chi ritiene che Romano è il giurista che "sul piano teoretico compiva l'importante trasformazione dello Stato, da Stato di diritto a Stato democratico moderno" (A. TARANTINO, in P. BISCARETTI DI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano,* Milano, Giuffrè, 1977, pp. 239 ss.), risolvendo in questa "polarità" la "questione romaniana", riconsiderata alla luce di un complessivo "significato storico" del sistema del giurista siciliano, che si è ritenuto di poter individuare nella costante "ricerca di meccanismi rappresentativi esterni all'istituto parlamentare, ad esso paralleli e al di fuori del suo controllo". Ora, il *Diritto pubblico italiano* porta qualche contributo alla risoluzione di tale "questione"?

In realtà, le antinomie riscontrabili nella globalità dell'opera di Romano appaiono riconducibili alla peculiare complessità del patrimonio culturale dell'Autore (delle cui diverse articolazioni ha ricostruito le radici, (M. FIORAVANTI in questa rivista, 1981, pp. 169 ss.), sulle cui fondamento appunto si è formato quello che è stato definito il "paradosso politico-culturale" di Romano, che non è tanto da addebitare al conflitto tra conservatorismo e progressismo (U. SCARPELLI) o tra monismo e pluralismo (N. BOBBIO: per questi due Autori ci si riferisce ai saggi contenuti nel volume curato da P. Biscaretti di Ruffia, sopra citato, rispettivamente alle pp. 45 ss. e 25 ss.), quanto da risolvere piuttosto nel differente atteggiarsi del giurista siciliano ora come Autore della "discontinuità giuridico-istituzionale", ora come Autore della "continuità giuridico-costruttiva" (almeno a partire dagli scritti della maturità, cioè quelli che datano dalla fine della prima decade di questo secolo). Anche sopra abbiamo avuto modo di esaminare numerosi esempi della capacità e della prontezza di Romano, che sa "osservare realisticamente la realtà", cui si avvicina con modo non strumentale e preconcetto, di adeguare puntualmente la propria analisi istituzionale ai mutamenti più stringenti e profondi del diritto positivo che regola le istituzioni stesse (da qui è derivata probabilmente anche la decisione di non pubblicare il *Diritto pubblico italiano*, troppo legato al sistema istituzionale del mondo giolittiano, a lui probabilmente più congeniale, ma ormai profondamente alterato nei suoi lineamenti essenziali). D'altra parte, la convinzione profonda che "il diritto non sia sempre ed esclusivamente quello che immediatamente o mediatamente riposi sulla volontà statuale", e che comunque la legge, come atto o fatto costitutivo di un ordinamento giuridico, "può anche non essere un atto di volontà" — convinzione ribadita anche nel *Diritto pubblico italiano* (pp. 227-228) — e una determinata concezione della vita collettiva e del significato e dei connotati propri dell'approccio giuridico al fatto sociale, che a quella vanno uniti, fortificano parimenti la capacità del giurista siciliano di guardare ai movimenti sotterranei e ai nuovi antagonismi di una società progressivamente dinamizzata aprendosi alla dimensione dell'effettività del pluralismo e della socialità del diritto ma riconnettendoli costantemente, nel contempo, alla trama continua di equilibri organici preservati pur sempre dalle istituzioni dello Stato-persona e coniugando altresì quel "nuovo", di cui pure, come osservava G. Miele, aveva "il gusto della scoperta". — ma che nel 1914 aveva ritenuto di poter ancora in parte eludere nella sede evidentemente ritenuta più "neutra" di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

elaborazione di un manuale — con la salvaguardia di una "regola" giuridica della società e dei conflitti organizzati di interessi che in essa hanno luogo.

Ciò non implica, peraltro, di riconoscersi compiutamente in quella pur brillante interpretazione che valuta nell'opera di Romano non tanto la "scoperta" del pluralismo quanto la possibilità di raggiungerlo attraverso un modello statocentrico, con riguardo al quale era stata finora impossible una raffigurazione pluralistica del polo sociale assunto nell'ambito della relazione tematica intorno a cui si è organizzato tutto il discorso giuspubblicistico (v. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, Milano, Giuffrè, 1986); in realtà non vi è solo questo, vi è nel pensiero romaniano la considerazione della intrinseca rilevanza giuridica della dinamicità e concretezza dei poteri presenti nell'ordinamento e dei rapporti tra questi, vi è soprattutto la convinzione della cessazione della necessaria identificazione tra Stato e potere pubblico e dell'emergere di un pluralismo di poteri pubblici e amministrativi che è alla base di quell'*État au pluriel* con il quale dobbiamo oggi misurarci. In definitiva, ciò che si intende sottolineare è la continuità di quell'atteggiamento teoretico di fondo che consentirà a Romano di ripubblicare 30 anni dopo (e quali anni!) in versione pressochè immutata *L'ordinamento giuridico*, tutt'ora punto di riferimento dottrinale ineludibile per la costruzione dei vari pluralismi consacrati nella Costituzione repubblicana.

Ritornando in conclusione al *Diritto pubblico italiano*, ed ancora utilizzando i paradigmi di V.E. Orlando, ben si può osservare che con questa opera e con l'opera successiva del 1917-18 Romano si apprestava a dare, coerentemente alla propria concezione del diritto, piena ed esemplare attuazione a quella distinzione tra *Diritto pubblico generale* e *Diritto pubblico positivo* predicata dall'inizio del secolo dal suo maestro: e se con *L'ordinamento giuridico* Romano stava per realizzare, secondo le parole di Orlando medesimo tratte dallo scritto di celebrazione dell'allievo, "in maniera più completa quello che dovrebbe essere il tipo di una trattazione di diritto pubblico generale", con il *Diritto pubblico italiano* Romano ha corrisposto pienamente agli obiettivi del "diritto pubblico positivo" come delineati sempre da Orlando nel saggio fondativo della differenza concettuale e metodologica tra le due discipline: "concorrere, indirettamente, ma efficacemente, alla salda e gagliarda elaborazione del diritto positivo", perché ciò nel contempo vuol dire concorrere anche al progresso dell'elaborazione scientifica verso il sistema (v. *Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*, in *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940, pp. 101 ss.; il saggio per Romano è invece intitolato *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di S. Romano* — lo si può leggere alle pp. 39 ss. della stessa raccolta — accanto al quale si può ricordare anche lo scritto commemorativo *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico* (1947), ora in *Scritti giuridici varii*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 479 ss., nel quale Orlando formulò nuovamente un apprezzamento analogo a quello sopra menzionato).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BERNARDO SORDI

L'ILLECITO DELLO STATO: UN PROBLEMA DI "ESTETICA DEL PENSIERO".

(A proposito di HANS KELSEN, *L'illecito dello Stato*, a cura di Angelo Abignente, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988).

Soltanto con un rigido autocontrollo l'attento lettore dei *Hauptprobleme* kelseniani avrebbe potuto celare la propria sorpresa di fronte all'affermazione tanto perentoria quanto stupefacente dell'infallibilità giuridica dello Stato. Eppure non potevano venirgli in soccorso errori di lettura o di interpretazione: il principio secondo il quale "die Staatsperson kann nicht Unrecht handeln" [1] era affermato a lettere troppo chiare perché eventuali incomprensioni potessero apparire giustificate.

La piena limitazione dell'autorità statale attraverso le maglie dell'ordinamento giuridico, inseguita, tra i mille problemi posti dalla definizione del potere legislativo ed esecutivo, nelle dense pagine del volume, già avrebbe potuto — è vero — indirizzare il lettore verso i significati profondi di un principio così rigorosamente affermato. Ma doveva essere lo stesso Kelsen a ritenere necessaria una piena esplicitazione di quei significati, se di lì a pochi anni dedicava al tema dell'illecito dello Stato un apposito saggio, quello appunto che oggi viene offerto al pubblico italiano grazie alla traduzione ed all'attenta cura di Angelo Abignente.

La tesi dell'impossibilità (*Nichtkönnen*) per lo Stato di commettere illeciti possedeva dunque agli occhi del giurista austriaco un notevole valore strategico. Cerchiamo di capire perché.

Intanto il saggio non è isolato; appare nel 1913-14, in anni particolarmente ricchi di contributi kelseniani e di fecondi approdi teori-

[1] KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, p. 457. Citiamo dalla ristampa della seconda edizione, 1923, Aalen, 1960.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ci. Kelsen sta sviluppando i risultati raggiunti nei *Hauptprobleme* ed attraverso una contrapposizione frontale con la dottrina dominante, da Otto Mayer a Karl Kormann, da Walter Jellinek a Richard Thoma, sta verificando le potenzialità insite nello scioglimento della persona giuridica dello Stato in un semplice "punto" finale del processo di imputazione giuridica.

Gli oggetti di studio spaziano quindi dai principii fondamentali agli istituti, dal concetto di Stato di diritto alla distinzione tra legge formale e materiale, dal negozio di diritto pubblico all'illecito dello Stato [2], mentre si annunciano già le prime formulazioni della teoria della *Grundnorm* (1914) e quella "collaborazione" con Adolf Merkl che consoliderà la nascente Scuola di Vienna intorno allo studio "dinamico" dei processi di creazione del diritto [3].

Über Staatsunrecht è un lavoro ancora ben inserito nella nomostatica, rappresenta più un'appendice dei *Hauptprobleme* che l'anticipazione dei futuri rivolgimenti costruttivi, rivelandosi pienamente funzionale all'orizzonte problematico dischiuso dal volume del 1911.

Con i *Hauptprobleme* sono comuni intanto le coordinate fondamentali: anche ne *L'illecito dello Stato* i nodi teorici confluiscono tutti nel rapporto tra *Rechtsordnung* ed *Exekutive*, all'insegna del quale si snodano, del resto, espressamente le prime pagine del saggio. Il tema dell'illecito non è altro che una fattispecie in cui può

---

[2] Ricordiamo KELSEN, *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung*, in *Juristische Blätter*, 42 (1913), pp. 229 e ss., ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, hrsg. von H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambek, Bd. 2, Wien, 1968, pp. 1533 e ss., ID., *Rechtsstaat und Staatsrecht*, in *Österreichische Rundschau*, 36 (1913), pp. 83 e ss., ora *ibid.*, pp. 1525 e ss.; ID., *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31 (1913), pp. 53 e ss.; pp. 190 e ss. Per un'analisi di questi lavori kelseniani sia consentito di rinviare alle nostre pagine, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica del primo dopoguerra*, Milano, 1987, 102 e ss. *L'illecito dello Stato* appare invece con il titolo *Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 40 (1913-14), pp. 1 e ss.

[3] KELSEN, *Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 32 (1914), spec. p. 217, dove già s'individua una "oberste Norm" che diventa "der archimedische Punkt, von dem aus die Welt der juristischen Erkenntnis in Bewegung gesetzt wird".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

emergere una pericolosa contraddizione tra volontà ed azione all'interno della persona giuridica statale. La negazione della possibilità logica di un illecito dello Stato rappresenta perciò una scansione necessaria per garantire l'unità dello *Staatswille*, costituisce un passaggio argomentativo obbligato per espungere una grave, interna antinomia del sistema.

Lo scopo che il giurista si propone in queste pagine non è altro che quello di sgombrare il campo da un insidioso cuneo concettuale — lo Stato che commette l'illecito — che potrebbe giungere ad incrinare irrimediabilmente l'identificazione tra Stato ed ordinamento.

Il valore strategico dello *Staatsunrecht* è tutto qui, nel rischio che dai sottili profili dogmatici dell'illecito riemerga una realtà dello Stato diversa dalla sua identità con l'ordinamento giuridico, rispunti quella costruzione atropomorfica contro la quale si erano accanite tante pagine dei *Hauptprobleme* (4).

Certo, il tema è essenzialmente di "estetica del pensiero", di "costruzione giuridica" (5): quello che preme è, prima di tutto, un bisogno di coerenza logica. Non si tratta però di una semplice esercitazione retorica, considerato che dalla proclamata identità tra Stato e ordinamento discende la possibilità stessa di una trattazione giuridica delle funzioni statali.

Di conseguenza, la negazione della possibilità logica dell'illecito non può sposare argomentazioni tralatizie, né tanto meno favorire la creazione di una responsabilità "speciale" degli organi dello Stato, "limitata" dall'imperatività connessa all'esercizio delle funzioni sovrane e quindi in qualche modo privilegiata rispetto ai soggetti del diritto comune.

L'unica specialità presente, l'unico elemento differenziale che deve distinguere nettamente lo Stato dalle altre persone giuridiche — e che richiede perciò un'apposita trattazione dell'illecito — non può che consistere nella sua identificazione con l'ordinamento giuridico.

Anche se a prima vista può apparire paradossale, proprio la tesi opposta che riconosce la possiblità logica dello *Staatsunrecht* procla-

---

(4) Cfr. in particolare KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 162 e ss. il capitolo dedicato a "Dêr Wille des Staates".

(5) KELSEN, *L'illecito dello Stato*, cit., p. 49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ma l'autonomia dello Stato dall'ordinamento, la sua realtà di persona giuridica e quindi anche la possibilità per l'autorità statale di estrinsecarsi "aus eigener Kraft" (6).

Sono molti dunque i punti di contatto con le tesi esposte poco tempo prima in *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in quelle pagine in cui la critica alla dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato era stata costruita attraverso una confutazione puntuale delle tesi di Otto Mayer sul negozio di diritto pubblico, nella precisa prospettiva di ricondurre la specificità pubblicistica alla razionale unità dell'ordinamento giuridico.

Senza questa connessione problematica e cronologica — come sottolinea anche Abignente — intere parti del saggio sull'illecito risulterebbero scarsamente significative.

Si pensi al lungo capitolo dedicato all'atto statale imperfetto che costituisce una vera e propria integrazione del saggio sul negozio di diritto pubblico, un'apposita trattazione della patologia degli atti dello Stato e del loro sistema di validità, e che vede Kelsen confrontarsi non più tanto con Mayer, quanto con gli "allievi" Walter Jellinek e Karl Kormann (7).

Il tema del contendere si fa più sottile, il *Mehrwert* si cela ormai in raffinate sistematiche degli atti che proseguono e confermano il programma della *Umbildung* (8) degli istituti civilistici, inaugurano la "parte generale" del diritto pubblico. Al centro del dibattito sta la distinzione tra nullità e annullabilità, ancora una volta un problema di categorie, di stretta costruzione dogmatica. I profili pratici sono appena avvertiti, rimangono sullo sfondo, nascosti nei diversi effetti — dichiarativi o costitutivi — della sentenza che accerta l'invalidità. Gli unilateralismi di Mayer sembrano quasi un ricordo, attenuati dal consapevole uso di categorie generali e dal perfetto dominio dei costrutti civilistici.

---

(6) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895, vol. 1°, p. 74; e per l'elaborazione di un sistema di responsabilità dello Stato specificamente pubblicistico cfr. vol. 2°, pp. 345 e ss.

(7) W. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Eine Verwaltungs- und prozessrechtliche Studie*, Tübingen, 1908; K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlin, 1910 (Ristampa, Aalen, 1962), spec. pp. 203 e ss.

(8) F. FLEINER, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentlichen Recht*, Tübingen, 1906.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche in questo caso però, se la costruzione di un sistema d'invalidità degli atti dello Stato pare indirizzarsi verso una dimensione tutta dogmatica, l'orientamento di fondo del "metodo oggi dominante" presuppone comunque, per Kelsen, "una contrapposizione a priori tra diritto pubblico e privato" ([9]).

L'asettico sistema d'invalidità evoca dunque ancora quella dicotomia pubblico-privato che deve essere ricomposta nell'unitarietà dell'ordinamento e dei suoi vincoli normativi.

Non è possibile affermare con Kormann "la prevalente validità del principio di annullamento" nel diritto pubblico rispetto al diritto privato soltanto perchè, coerentemente all'affermazione che vuole l'atto amministrativo "a sé stante" e "non determinato come il negozio giuridico dall'ordinamento" ([10]), si è poi costretti ad elaborare una disciplina specificamente pubblicistica anche dei limiti tra nullità ed annullabilità: con la non irrilevante conseguenza che l'atto amministrativo illegittimo — non essendo, nella maggior parte dei casi, nullo ma semplicemente annullabile — conserverà intatto il proprio valore vincolante sino alla pronunzia giudiziaria di annullamento ([11]).

Per Kelsen, invece, la regola sarà unica e questa non potrà che essere — in assenza di un'espressa disposizione normativa di annullamento — la nullità dell'atto imperfetto, nel diritto privato come nel diritto pubblico, in piena simmetria con il risultato negativo cui va incontro, in questo caso, il tentativo di imputazione giuridica. Una distinzione tra nullità e annullabilità che si fondi sulla contrapposizione pubblico-privato è dunque "assolutamente da escludersi". Il principio guida è di logica giuridica e deve basarsi su una "considerazione giuridico-formale" che deve essere unitaria per tutto l'ordinamento ([12]).

([9]) KELSEN, *L'illecito dello Stato*, cit., p. 93.

([10]) *Ibid.*, p. 94 e p. 95. Ma si veda tutto il paragrafo dedicato a "La delimitazione dei confini tra nullità e annullabilità in base alla contrapposizione tra diritto privato e pubblico", *ibid*, pp. 89 e ss.

([11]) KORMANN, *System*, cit., pp. 216 e ss.

([12]) KELSEN, *L'illecito dello Stato*, cit., pp. 90-91 e p. 99. Solo per opportuna informazione del lettore ricordiamo che sui rapporti tra nullità ed annullabilità Kelsen ritornerà nelle opere successive, approdando a significativi aggiustamenti. Cfr. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig und Wien, 1934, pp. 84 e ss.; ID., *General Theory of Law and State*, Cambridge (USA), 1945, trad. ital. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1959 (1ª ed. 1952), pp. 156 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se per definire le condizioni e determinare gli effetti di quel giudizio di annullamento che l'ordinamento giuridico ha "sottratto all'autorità logica dell'individuo e riservato all'autorità dello Stato" sarà necessaria una disposizione di diritto positivo, nel caso della nullità sarà sufficiente il "silenzio dell'ordinamento" e quindi il ricorso ai principii logici generali, per espungere un atto che, in quanto nullo, appartiene semplicemente al "non giuridico". L'atto nullo possiede dunque, sul piano degli effetti giuridici, una disciplina coerente e non "problematica": è un atto non imputabile, "un non-atto dello Stato", un nulla giuridico. Il risultato negativo del processo d'imputazione ed il conseguente giudizio di nullità escludono qualsiasi contraddizione logica tra Stato-ordinamento e Stato-persona ([13]).

Problemi assai più gravi si aprono invece passando dal piano della invalidità a quello dell'illiceità degli atti dello Stato. Con illecito Kelsen identifica qui "secondo l'unica concezione giusta, una fattispecie qualificata positivamente dall'ordinamento giuridico e precisamente quella a cui è collegata una sanzione: pena o esecuzione forzata" ([14]).

Ora, se per una persona fisica o giuridica l'illecito costituisce una violazione dell'ordinamento pienamente ipotizzabile e — come si dirà nelle opere successive ([15])— la "condizione" stessa della sanzione, per lo Stato l'illecito rappresenterebbe invece il risultato di una radicale contrapposizione di volontà, di una insanabile contraddizione

---

Una volta sposata la tesi della costruzione dinamica del diritto, il problema della validità tenderà infatti ad identificarsi essenzialmente con un problema di corrispondenza tra norme di grado inferiore e superiore, nella prospettiva di garantire l'unità dell'ordinamento giuridico ed evitare qualsiasi "contraddizione" nella "gerarchia del diritto".

Sul piano degli effetti giuridici potranno così verificarsi per Kelsen due sole ipotesi: una validità piena — ovvero una conformità tra norma inferiore e superiore — ed una validità ristretta — ovvero la possibilità che la norma di grado inferiore venga annullata dall'organo competente ad esaminarne la conformità alla norma superiore.

La nullità viene così a perdere la propria centralità, definendo semplicemente "il più alto grado di annullabilità", coerentemente al principio in base al quale: "una norma è sempre valida, non può essere nulla, ma può essere annullata". La nullità è così ormai "al di là del sistema giuridico", confinata nell'ipotesi residuale di nullità assoluta, in cui qualsiasi soggetto dell'ordinamento, senza la necessità di ricorrere ad un apposito procedimento giuridico, potrà annullare quel "qualcosa" che ha solo l'apparenza della norma giuridica. (*Teoria generale*, cit., spec., pp. 162-63).

([13]) KELSEN, *L'illecito dello Stato,* cit., p. 101-103.

([14]) *Ibid.*, p. 110.

([15]) KELSEN, *Teoria generale*, cit., p. 53.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tra volontà e azione, tra il comando giuridico voluto dallo Stato nell'ordinamento e l'azione eseguita dallo Stato attraverso i suoi organi.

L'architettura logica del sistema ne risulterebbe gravemente compromessa: lo Stato verrebbe a trasgredire ad un proprio ordine, ad agire quindi contro la propria volontà; dimostrerebbe al tempo stesso di "volere sia l'illecito che la sanzione" ([16]).

Può essere forse più chiaro allora perché agli occhi di Kelsen la negazione della possibilità di un illecito dello Stato rappresentasse un passaggio concettuale obbligato.

Sono proprio le esigenze di coerenza interna del sistema che rendono imprescindibile evitare l'"assurda raffigurazione" di uno "Stato che distrugge sè stesso" ([17]) che insidia ogni ricostruzione dell'illecito civile dello Stato nei termini dell'esecuzione forzata.

La soluzione del bisticcio è però solo formale e mira semplicemente a ristabilire una linearità compromessa, un'estetica concettuale offuscata da una costruzione giuridica della fattispecie troppo tributaria di un'assimilazione dello Stato alla persona giuridica di diritto privato.

Il pericolo di una frattura logica dell'unità dello *Staatswille* è rimosso così grazie ad una ripristinata distinzione tra personalità dello Stato e personalità degli organi. Nessuna concessione ai privilegi della sovranità dunque: distinzioni tra *imperium* e fisco, limitazioni di responsabilità, vincoli alle azioni esperibili e alle effettive possibilità di esecuzione sul patrimonio statale sono fuori questione. Non è dai profili tradizionalmente riferiti al diritto civile dello Stato che si pescano le obiezioni e le critiche all'istituto dell'esecuzione forzata contro lo Stato. Il nodo da sciogliere è di costruzione giuridica; in ultima analisi c'è solo un errore di sussunzione — se così si può dire — che deve essere corretto.

All'illecito civile dello Stato e all'immagine dell'esecuzione forzata si sostituisce, in modo forse un po' scontato, l'illecito dell'organo, non solo incapace di abbracciare la totalità dell'ordinamento giuridico, ma anche, finalmente, possibile autore della violazione. L'illecito torna ad essere concettualmente ipotizzabile; viene meno la divergenza delle volontà per la semplice ragione che nell'organo che viola il diritto cessa di agire lo Stato. Volontà ed azione si ricompongono,

---

([16]) *Ibid.*, p. 204.
([17]) *Ibid.*, p. 53.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la contraddizione si scioglie; all'organo inadempiente si sostituisce, nell'esecuzione della norma, un altro organo dello Stato: il giudice dell'esecuzione.

L'azione dello Stato viene restituita alla realtà degli apparati, mentre l'aggancio alla persona fisica titolare dell'organo permette di riscoprire una possibilità di violazione dell'ordinamento: anche norme e pene disciplinari possono così trovare una loro coerente collocazione sistematica, venendo a sanzionare gli obblighi e gli illeciti degli organi statali.

Salvata la coerenza logica tra volontà ed azione, anche una responsabilità dello Stato per i danni causati dai propri organi non può incontrare soverchie difficoltà. Si tratterà, se mai, di un problema di "determinazione giuridico-positiva", ma non c'è dubbio che in questa direzione debba muoversi la politica legislativa: ormai "un sentimento giuridico raffinato, guidato dall'idea sociale, non semplicemente dalla giustizia individuale, richiede in numerosi casi una responsabilità dello Stato per l'illecito dei suoi organi nell'esercizio dell'imperio" ([18]). L'istituto della responsabilità civile per fatto altrui è del resto già pronto per descrivere le relative fattispecie. Infallibilità giuridica dello Stato e responsabilità dimostravano così di poter ancora coesistere, almeno nel mondo dell'"estetica del pensiero".

Il postulato dell'infallibilità giuridica dello Stato avrebbe del resto conosciuto nelle opere kelseniane successive persino un ulteriore consolidamento. Nel saggio del 1913 rimane ancora spazio per una, limitata, eccezione: lo Stato può essere riconosciuto autore almeno di un illecito internazionale. Ordinamento interno e ordinamento internazionale costituiscono ancora due sistemi indipendenti, caratterizzati da due distinte volontà che, con buona pace della logica giuridica, ben possono essere divergenti. Lo Stato, completamente trasfigurato nel proprio ordinamento, ma ancora distinto da quello internazionale, tornava ad essere "capace" di un illecito, riprendendo così i panni di ogni altra persona giuridica.

La tesi — com'è noto — sarà destinata ad un radicale superamento con l'adesione del giurista austriaco ad una prospettiva monistica di diritto internazionale. Individuata ormai "con sufficiente

---

([18]) *Ibid.*, pp. 126-28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiarezza l'unità di diritto statale e diritto internazionale" ([19]), fuso l'uno e l'altro ordinamento in un sistema unitario, anche il delitto internazionale dello Stato raggiungerà la soglia del *Nichtkönnen* per essere escluso dal mondo del possibile giuridico.

A quel momento le esigenze di estetica concettuale o — come altri hanno sottolineato — di "unità dell'immagine giuridica" ([20]) avrebbero decisamente preso il sopravvento.

([19]) KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre,* Tübingen, 1920, trad. ital. a cura di A. Carrino, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto,* Milano, 1989, p. 215.

([20]) A. CARRINO, *Presentazione* di KELSEN, *Il problema della sovranità,* cit., p. XII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BERNARDO SORDI

SOVRANITÀ E INTEGRAZIONE: RILEGGENDO DUE TEORIE DELLO STATO

(A proposito di Hermann HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato,* a cura di Pasquale Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987; e Rudolf SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale,* a cura di Gustavo Zagrebelsky, Milano, Giuffrè, 1988).

La schiera dei giuristi weimariani le cui opere vengono tradotte ed offerte all'attenzione e alla lettura del pubblico italiano si va facendo, in questo ultimo torno di tempo, sempre più fitta e nutrita.

Presenze ormai decennali, quella di Carl Schmitt innanzi tutto, che annovera un corpus di traduzioni sempre più vasto e completo, non rivelano il benché minimo cedimento, mentre filoni già da tempo inaugurati, la giuslavoristica per esempio, dimostrano ancora intatta la loro vitalità. Anche la Scuola di Vienna svela rinnovati interessi che spaziano ormai al di là dei sentieri più noti — i saggi sulla democrazia e sul parlamentarismo o le grandi opere della *Dottrina pura del diritto* e, più recentemente, della *Teoria generale delle norme* — "scoprendo" scritti più risalenti, lavori dal forte taglio dogmatico, persino coautori, come Adolf Merkl, per gran tempo offuscati dall'esuberante figura kelseniana [1].

---

[1] Non richiede particolari dimostrazioni la presenza italiana di Carl Schmitt, sia per il ritmo quasi incessante delle traduzioni sia per il continuo susseguirsi di importanti incontri di studio dedicati alla sua vicenda intellettuale.

Nell'ambito del diritto del lavoro si segnala il volume di T. RAMM, *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca,* trad. ital. a cura di L. Gaeta e G. Vardaro, Milano, 1989, che introduce un'importante prospettiva storiografica sulla vicenda germanica, dall'Impero guglielmino alla Repubblica federale.

Fra le traduzioni più recenti che riguardano la Scuola di Vienna ci limitiamo a ricordare H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto,* trad. ital. a cura di A. Carrino, Milano, 1989; ID., *L'illecito dello Stato,* trad. ital. a cura di A. Abignente, Napoli, 1988; A.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questo fervore di iniziative spiccano per lo spessore degli autori, la rilevanza dei saggi tradotti, la cura delle edizioni, i due volumi dedicati ad Hermann Heller e a Rudolf Smend recentemente pubblicati nella collana *Arcana Imperii* diretta, per i tipi di Giuffrè, da Gianfranco Miglio.

Vengono così presentati ad un più largo pubblico autori ed opere che appartengono a pieno titolo al grande dibattito della *Staatslehre* weimariana, nella prospettiva di renderne sempre più accessibile il notevole patrimonio di riflessione teorica e al tempo stesso più complessi gli approcci. Si svelano così nuovi protagonisti in una ricchezza di teorie, di posizioni, di alternative finalmente riscoperta e messa in luce. Gli anni Venti riacquistano una pluralità di volti e di voci drasticamente ridotta e ridimensionata dall'evidente unilateralismo che aveva sin qui guidato le recezioni italiane. Cambia di segno tuttavia anche il modo di accostarsi ai giuristi weimariani. Gli entusiasmi, le attualizzazioni sono ormai lontane: prevale una delicata sensibilità; s'impone una piena, consapevole storicizzazione. Le improvvisate infatuazioni lasciano il campo a bilanci complessivi, a valutazioni di largo respiro. (2)

L'invito alla lettura non poteva essere, dunque, più suadente e suggestivo.

1) Una valutazione per più aspetti convergente della grave crisi che aveva investito la *Staatslehre* tedesca con il venire meno del valore paradigmatico dell'opera di Georg Jellinek, travolta dagli scossoni del primo conflitto mondiale e dal rinnovamento costituzionale del dopoguerra, accomunava i primi passi che due giuristi tra di loro diversissimi, quali Heller e Smend, intraprendevano, a metà degli anni Venti in due complessi, ma ben differenziati, tentativi di rifondazione della disciplina.

E diversissimi i due giuristi erano certo per i peculiari approdi teorici, che cercheremo nelle grandi linee di ripercorrere in queste pagine, ma prima di tutto per idealità politiche ed esperienze personali: appartenente ad un'antica famiglia di giuristi e teologi,

---

MERKL, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, trad. ital. a cura di C. Geraci, Milano, 1987.

(2) Ci sembra particolarmente significativa di queste nuove prospettive la densa *Introduzione* di Gustavo Zagrebelsky all'edizione italiana dell'opera di Rudolf Smend (pp. 1-33).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

membro attivo egli stesso del Consiglio della Chiesa evangelica tedesca, ammiratore del fascismo e delle sue potenzialità integratrici, tiepido agnostico nei confronti del nazismo, Smend; unico docente tedesco di diritto pubblico iscritto al partito socialdemocratico, difensore della Prussia nel famoso processo contro il *Reich*, costretto a rifugiarsi precipitosamente a Madrid con l'avvento del nazismo e lì prematuramente scomparso, Heller (3).

A metà degli anni Venti quando le drammatiche, future radicalizzazioni erano ancora lontane, non doveva però essere troppo difficile, nella ricerca di nuovi fondamenti metodologici, individuare delle matrici comuni, almeno "in quanto non si sia di Vienna" (4).

Nei primi paragrafi di *Costituzione e diritto costituzionale* così come nelle pagine di un celebre articolo di Heller — *La crisi della dottrina dello Stato* (5) — l'avversario comune, il nemico da sconfiggere erano, infatti, già chiaramente individuati: Hans Kelsen e la sua *Allgemeine Staatslehre* (6), pubblicata nel 1925. Se per Smend quel volume era il "punto zero" di una disciplina che, proseguendo sulla direttrice inaugurata da Jellinek, aveva imboccato ormai "un vicolo cieco senza scopo e senza fine", per Heller l'opera aveva prodotto "il risultato penoso di una dottrina dello Stato senza Stato", la "degenerazione" finale del concetto di sovranità (7).

La necessità di una rifondazione della disciplina, di un radicale rinnovamento metodologico, lo stesso imperativo di salvare lo Stato, "formalisticamente" dissolto da Kelsen nell'ordinamento giuridico, divenivano imperativi comuni, un possibile caposaldo per uno schieramento da contrapporre da Berlino ai "punti morti" (8) della Scuola di Vienna.

---

(3) Per più puntuali indicazioni rinviamo alle accurate note biografiche che accompagnano le edizioni italiane dei due volumi (HELLER, *La sovranità*, cit., pp. 19-24; SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., pp. 35-6).

(4) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 63.

(5) L'articolo, pubblicato originariamente in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 55 (1926), è stato opportunamente inserito nella raccolta di scritti curata da Pasquale Pasquino (pp. 29 e ss.). Va tenuto presente, come necessrio complemento delle tesi enunciate nel 1926, anche il saggio più tardo (1929), *Osservazioni sulla problematica attuale della teoria dello Stato e del diritto* (pp. 357 e ss.).

(6) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925.

(7) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 62; HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., p. 46; ID., *La sovranità*, cit., p. 78.

(8) HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., p. 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Più in là di qui, però, le convergenze non andavano e già il piano metodologico svelava progetti e prospettive assai diversificate: una riscoperta, per Heller, dell'intrinseca politicità del diritto che facesse giustizia del puro normativismo e recuperasse la ricchezza sociologica del rapporto tra *factum* ed *ius*; una ravvicinata investigazione, per Smend, della legge strutturale propria dello Stato in grado di riscoprire la sua essenza di realtà spirituale.

Agli occhi di Heller come di Smend dunque, il rigido normativismo kelseniano, la pretesa di una *Reine Rechtslehre,* di una "geometria" giuridica purificata da etica e sociologia apparivano come una vera e propria dissoluzione della teoria dello Stato, condannata a vestire gli stretti panni della logica, ma completamente svuotata di contenuti reali. Diveniva così indispensabile per entrambi una precipitosa inversione di rotta; nell'individuazione delle direzioni da seguire le strade, però, si biforcavano ed i percorsi si affidavano a tracciati assai distanti tra di loro.

L'assidua frequentazione di Smend per le tesi di Theodor Litt; l'elaborazione di una "geisteswissenschaftliche Methode" in grado di riscoprire lo Stato come realtà spirituale, in grado cioè di penetrare in quelle leggi strutturali che permettevano la "vita" stessa dello Stato, il suo costruirsi come unità sociale dotata di senso; la teorizzazione di questo processo come integrazione, come "rinnovamento costante, continua rigenerazione del vissuto" ([9]) secondo l'immagine di Renan di un plebiscito che si rinnova ogni giorno, occupavano le pagine forse più note del giurista di Basilea, certo quelle più analizzate e studiate dalla ricca letteratura che ha ormai ripercorso puntigliosamente il dibattito metodologico che aveva spaccato la dottrina dello Stato negli anni della Repubblica di Weimar ([10]).

E la stessa attenzione hanno catturato gli articoli metodologici di

---

([9]) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 76.

([10]) Si vedano almeno W. BAUER, *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie. Zur Politologie des Methodenstreits der Staatsrechtslehre,* Berlin, 1968; M. FRIEDRICH, *Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre,* in *Archiv des öffentlichen Rechts,* 102 (1977), pp- 161 e ss.; ID., *Rudolf Smend 1882-1975, ibid.,* 112 (1987), pp. 1 e ss.; P. VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des Staatsrechtlichen Positivismus,* Frankfurt, 1974, pp. 15 e ss.; I. STAFF, *Lehren vom Staat,* Baden-Baden, 1981, p. 372 e ss. La ricchezza della letteratura esistente sui "fondamenti di teoria dello Stato" ci dispensa da una loro analisi puntuale. Ci è possibile, pertanto, concentrarsi — secondo la prospettiva adottata nel testo — sulle "conseguenze" di teoria e diritto costituzionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Heller ([11]) — oppurtunamente tradotti nella raccolta curata da Pasquale Pasquino — in cui le pesanti critiche al normativismo kelseniano sfociavano nella proposta di una *Staatslehre* come "politische Wissenschaft" in grado di salvare la specificità del giuridico — e dello Stato —, ma anche pienamente consapevole che tale salvataggio non poteva essere compiuto tramite il "colossale autoinganno" del positivismo, ma attraverso un pieno recupero dello "Stato come soggetto storico-politico" ([12]), da affidare ad un sincretismo metodologico che potesse coniugare l'imprescindibile dogmatica giuridica con la complessità storica e sociologica della dimensione costituzionale.

L'inusitata durezza delle contrapposizioni scientifiche con la Scuola di Vienna, il livore dei confronti verbali in occasione degli incontri dell'Associazione dei costituzionalisti tedeschi trovavano dunque la loro fonte in riposate e meditate elaborazioni metodologiche. Su questo piano lo scontro non poteva che essere frontale, assolutamente non evitabile, divenendo responsabile di vistose incomunicabilità.

Soltanto un'analisi ravvicinata dei risultati concreti del promesso rivolgimento metodologico, delle riletture dei poteri dello Stato sperimentate, secondo due linee diverse, da Heller e Smend ci può dire però se quello scontro si sarebbe propagato, in stretta continuità e senza ripensamenti, dalle opzioni di metodo al piano degli istituti giuridici.

2) Non c'è dubbio che in *Verfassung und Verfassungsrecht* le "conseguenze di teoria costituzionale", così come quelle di "diritto

---

([11]) Li abbiamo citati *retro* nota 5. Oltre ai testi indicati alla nota precedente — molti dei quali si soffermano anche sulla figura di Hermann Heller — ricordiamo: W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatstheoretische Diskussion in der Weimarer Republik,* Baden-Baden, 1983 (1ª ed. 1968); J. BLAU, *Sozialdemokratische Staatslehre in der Weimarer Republik. Darstellung und Untersuchung der staatstheoretischen Konzeptionen von Hermann Heller, Ernst Fraenkel und Otto Kirchheimer,* Marburg, 1980; R. GRANER, *Die staatsrechtslehre in der politischen Auseinandersetzung der Weimarer Republik,* Freiburg, 1980 ed il volume collettaneo *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933,* hrsg. von C. Müller - I. Staff, Baden-Baden, 1984.

([12]) HELLER, *Osservazioni,* cit., p. 365 e p. 371.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

positivo" ([13]) di una dottrina dello Stato rifondata all'insegna del principio d'integrazione fossero notevoli. Lo stesso Smend aveva del resto pienamente esplicitato il presupposto di partenza: soltanto dalla teoria dello Stato il diritto costituzionale sarebbe divenuto interamente comprensibile e sistematizzabile. Proprio quei fondamenti teorici avevano infatti suscitato un nuovo amore per lo Stato da contrapporre all'estraneità liberale e al diffuso agnosticismo, ma ne avevano svelato anche la "legge strutturale" ([14]).

Il processo d'integrazione non costituiva perciò soltanto un'immagine per descrivere il confronto tra le forze politiche — in questo senso più generico il termine era stato usato dallo stesso Kelsen ([15]) — ma il modo stesso di "realizzarsi" dello Stato. Solo attraverso quel processo lo Stato diveniva realtà, realtà spirituale certo, appartenente "al mondo della *Kultur*" ([16]), ma comunque in grado di sostanzializzare la finzione della persona giuridica, facendo dello Stato e del diritto "due province" distinte e compiute della vita spirituale ([17]).

La legge strutturale dello Stato diveniva dunque vincolante per la stessa teoria costituzionale e per la costruzione dogmatica del diritto positivo. Annunciato il "miracolo" — come lo definì Kelsen ([18]) — dell'esistenza dello Stato, questo avrebbe poi mantenuta intatta la propria "sostanza specifica" anche di fronte alla "regolamentazione giuridica mediante la sua costituzione" ([19]).

([13]) Occupano rispettivamente la seconda e la terza parte del volume (pp. 147 e ss.; pp. 211 e ss.).

([14]) *Ibid.*, pp. 60 e ss.; p. 69.

([15]) KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus,* Wien und Leipzig, 1925, trad. ital. a cura di C. Geraci, *Il problema del parlamentarismo,* in *Il primato del Parlamento,* Milano, 1982, p. 196, in un passo in cui il termine di "integrazione politica" viene riferito alla "necessità delle coalizioni di partiti". Il concetto compare comunque già in *Vom Wesen und Wert der Demokratie,* in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik,* Bd. 47 (1920-21), p. 75, sempre in riferimento alla democrazia e al principio di maggioranza, ma già con l'avvertenza a non sopravvalutarne gli effetti, considerato che "die Praxis der Demokratie könne jemals vollkommen erreichen, was ihre Theorie in der Fiktion voraussetzt: die Einheit des Volkes...".

([16]) ZAGREBELSKY, *Introduzione,* cit., p.10.

([17]) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale,* cit., p. 169.

([18]) KELSEN, *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung,* Wien, 1930, ora in ID., *Drei kleine Schriften,* Aalen, 1971, p. 39. Illuminante il sottotitolo: per Kelsen non si tratta di una semplice recensione al libro di Smend, ma di un "contrasto di principio" tra "normative Staatslehre" e "Integrationstheorie".

([19]) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale,* cit., p. 148.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo Stato come "realer Willensverband" come "unione reale di volontà", ([20]) costruito non a partire dal singolo verso l'intero, neppure però — come bene ha messo in luce Zagrebelsky ([21]) — dalla totalità all'individualità, ma come "moto circolare" ([22]) in grado di realizzare l'unità d'azione di una volontà comune attraverso la comunitarizzazione delle volontà individuali ([23]), era già precostituito nella *Staatslehre* come "totalità di valori" ([24]), come comunità di vita spirituale dotata di senso.

L'individuazione di tre tipi di integrazione — personale, funzionale, materiale — ([25]) avrebbe garantito la dimostrazione dell'esistenza dello Stato come sintesi sociale. Il diverso ruolo integrativo delle persone — il problema dei leaders — , delle funzioni — elezioni, dibattiti parlamentari, formazione del gabinetto, referendum popolare —, dei valori — vero momento teleologico di realizzazione di una totalità — nella determinazione di una "comunità dominan-

---

([20]) *Ibid.*, p. 67.

([21]) ZAGREBELSKY, *Introduzione,* cit., pp. 12-13.

([22]) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale,* cit., p. 69. Sono evidenti i collegamenti con il concetto fenomenologico di "circolo chiuso", sui quali basti qui rinviare a U. POMARICI, *La teoria dell'integrazione in Rudolf Smend,* in *Democrazia e diritto,* 22 (1982), n. 2, specialmente, pp. 114 e ss.

([23]) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale,* cit., p. 69, che utilizza un passo di HELLER, *La sovranità,* cit., p. 150. La convergenza è significativa perché anche per Heller "non si metterà mai troppo in guardia contro la concezione che fa consistere lo Stato da un lato in un insieme di azioni umane, dall'altro in un ordinamento ideale" (p. 149). Il percorso attraverso il quale Heller affermerà "la realtà dell'unità statale e della volontà dello Stato" è però assai diverso e si fonda — come vedremo — non su di un processo d'integrazione, ma sulle potenzialità unificanti della decisione sovrana; lo Stato non diventa perciò, come "autoformazione politica" (SMEND, p. 125), una "realtà spirituale", ma una semplice "azione collettiva unitaria" (HELLER, p. 148). Lo stesso Smend riconoscerà in seguito — *Dottrina dell'integrazione* (1956) — di aver "sopravvalutata la struttura unitaria dello Stato (forse invece di comprenderla come una semplice unità d'azione" (p. 278), secondo la tesi di Heller. Sul punto si possono vedere le osservazioni di P. BADURA, *Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend,* in *Der Staat,* 16 (1977), p. 321.

([24]) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale,* cit., p. 102.

([25]) *Ibid.*, pp. 82. Si tratta dei paragrafi forse più noti dell'opera. Rinviamo pertanto, alla letteratura indicata alla nota 10. Fra le analisi più recenti sui tre tipi di integrazione si segnala quella di G. GOZZI, *La crisi della dottrina dello Stato nell'età di Weimar,* in *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale,* a cura dello stesso Gozzi e di P. Schiera, Bologna, 1987, pp. 144 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

te" ([26]) diventa l'oggetto stesso della dottrina dello Stato: sul problema delle classificazioni prevalgono sempre però la ricerca e il rafforzamento "spirituale" di una "Gemeinsamkeit", di una sintesi sociale ([27]).

Soltanto con questo notevole bagaglio teorico è possibile per Smend l'approccio alla teoria costituzionale: soltanto dopo aver elaborato una dottrina materiale dello Stato è possibile porsi il problema del diritto pubblico e della regolamentazione giuridica della vita dello Stato.

Lo ha messo in luce con molta finezza Zagrebelsky: la costituzione non può che avere per Smend un carattere secondario, perché il suo significato non può che riferirsi ad un processo d'integrazione del quale si sono già individuate — a livello di teoria dello Stato — le leggi necessarie di svolgimento ([28]).

Il processo di spersonalizzazione del potere subisce un arresto deciso, è costretto anzi ad una vera e propria inversione di rotta. Un supersoggetto — con la sua tipica vis polemica Kelsen parlerà di un "Makroanthropos" ([29]) — si erge nuovamente e con incontrastata pienezza nel diritto pubblico.

([26]) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale,* cit., p. 101.

([27]) *Ibid.,* p. 89: "si tratta sempre di processi il cui senso è una sintesi sociale e che mirano a rendere comune un qualsiasi contenuto spirituale o a rafforzare l'esperienza vissuta della comunanza...". Smend si riferisce qui all'integrazione funzionale, ma la frase rivela bene la consapevolezza del carattere unitario del sistema d'integrazione.

([28]) ZAGREBELSKY, *Introduzione,* cit., p. 25. Per Smend, infatti, "la costituzione è l'ordinamento giuridico dello Stato, più precisamente della vita in cui esso ha la sua realtà, cioè del suo processo d'integrazione". (p. 150).

([29]) KELSEN, *Der Staat als Integration,* cit., p. 34, che contesta la possibilità di utilizzare il concetto naturalistico di "vita dello Stato". La posizione di Smend è in realtà più complessa e sottile al tempo stesso, perché non si cade in un vieto organicismo, identificando lo Stato con un soggetto, ma, ricorrendo alla nozione di "circolo chiuso" (cfr. nota 22), lo si considera come "Gesamterlebnis". Pertanto, "non ne deriva una persona superindividuale, perché l'intero è e resta soltanto la 'struttura unitaria' delle singole partecipazioni all'esperienza vissuta complessiva" (p. 71). Non si tratta però, per i due giuristi, soltanto di un'incomunicabilità dovuta ad una diversa valutazione del metodo fenomenologico di Litt (Cfr. J. LUTHER, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione,* in *Crisi istituzionale,* cit., pp. 187-90). Certo, per Kelsen il progetto smendiano di riunificare essere e dover essere, attraverso un concetto di Stato che agli occhi del giurista austriaco appare un "realer Geist", ad un tempo reale ed ideale, risulta insostenibile. Il momento di contrapposizione frontale va però individuato nella separazione smendiana dello Stato e del diritto come due "province" spirituali autonome ed autoteliche. Quello che per Kelsen rappresenta una pretesa "teologica" as-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Così, i consueti capitoli dedicati a teoria organica e persona giuridica lasciano il posto ad una sistematica che tenga conto delle diverse capacità d'integrazione personale. Anche gli organi supremi abbandonano il formalistico problema dello "Staatsoberhaupt" e di unità dell'ordinamento e, ormai classificati in base al diverso grado di partecipazione al processo d'integrazione, si riscoprono autorità capaci di "integrare lo Stato nella sua interezza" ([30]).

Le novità più interessanti si concentrano tuttavia sul tema della tripartizione dei poteri ([31]). Anche in questo caso — siamo nel campo dell'integrazione funzionale — deve essere la diversa incidenza sul processo d'integrazione a dettare i criteri di distinzione. La dottrina delle funzioni non può che essere una dottrina materiale e deve liberarsi dei profili formali per offrire delle classificazioni coerenti con la teoria dello Stato.

La dicotomia ottocentesca tra atti formali e materiali si ricompone, ma in modo del tutto peculiare, facendo leva esclusivamente su di una nuova gerarchia fondata su "confini materiali" tra valori di integrazione — le funzioni politiche —, valori di diritto — legislazione e giurisdizione —, valori di amministrazione — l'amministrazione come funzione tecnica —.

La lettura del sistema dei poteri si fa dunque notevolmente più complessa: non c'è solo da trovare uno spazio — cioè, per Smend, una funzione ed un valore — per il governo e da assegnarli una precisa collocazione. Certo, anche questo è un profilo da sottolineare se si tien conto del fatto che il concetto stesso di *Regierung* era addirittura negato nel sistema kelseniano per la sua irriducibilità ai meccanismi di *legis latio* e di *legis executio* ([32]). Al contrario, Smend, già nel 1923, aveva trasformato il concetto di "freie Tätigkeit", su cui si basava la tesi tradizionale di Georg Jellinek ([33]), in quello di "poli-

---

solutamente da respingere è il fatto che lo Stato — in virtù della sua proclamata esistenza spirituale — possa approdare alla dimensione normativa già con proprie leggi, necessarie ed immutabili, dimostrando così di possedere una realtà ed un'unità già definite indipendentemente dalla sua identificazione con l'ordinamento giuridico.

([30]) Si confrontino le pagine di Kelsen (*Allgemeine Staatslehre,* cit., 304 e ss.), con il propositivo paragrafo di Smend dal titolo *Per il diritto degli organi costituzionali* (pp. 222 ss.; la frase citata nel testo è a p. 225).

([31]) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale,* cit., pp. 166 e ss.

([32]) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre,* cit., pp. 244-46.

([33]) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre,* 3. Aufl., Berlin, 1919 (1ª ed., Heidelberg, 1900), pp. 616 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tische Gewalt" ([34]). Il governo veniva, perciò, già allora distinto dall'autorità amministrativa e collocato in quella sfera di amministrazione in senso ampio che cade "in den Kreis der Politik, das heisst in dem der Staat sich und sein Wesen bestimmt un durchsetzt" ([35]).

Nelle pagine di *Costituzione e diritto costituzionale* la sistematica dei poteri riproduce ormai compiutamente i risultati raggiunti con la definizione della teoria dell'integrazione. Si scopre allora che la complessità della rilettura smendiana delle relazioni tra i poteri deriva interamente dai presupposti fissati nei paragrafi di teoria generale, dall'aver precostituito cioè lo Stato e il diritto come due entità autonome e già compiutamente definite. Una vera e propria "teologia dello Stato" — la definizione è ancora di Kelsen ([36]) — reclama nuove gerarchie e nuovi rapporti tra i poteri, che prescindano dalle norme e dai vincoli ordinamentali.

Le due "province" dello Stato e del diritto dovranno certo essere "inscindibilmente unite", ma non tanto da non rappresentare nella "vita spirituale" due diverse realtà e due distinti universi di valori ([37]). La legge strutturale propria dello Stato continuava dunque a presentarsi con precetti inconfondibili e inderogabili.

Sarà lo stesso Smend, a distanza di quasi un trentennio dalla pubblicazione della sua opera maggiore, a riconoscere, tra le carenze della dottrina dell'integrazione, anche quella di non aver salvaguardato, preoccupata di "unificare il più ampiamente possibile norma e fatto", la specificità del diritto e la "tensione tra entrambi" ([38]).

Si tratta di "unilateralità" che la dottrina smendiana delle funzioni puntualmente conferma. In queste pagine l'antinormativismo che caratterizza la dottrina dell'integrazione ha modo di espandersi liberamente.

Non siamo di fronte soltanto ad una frattura della costruzione giuridica dello Stato determinata dalla scoperta di funzioni politiche non riducibili all'elemento normativo. Non c'è solo — per usare l'ot-

---

([34]) Si vedano a questo proposito le osservazioni di FRIEDRICH, *Rudolf Smend,* cit., p. 6.

([35]) SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform,* in *Festgabe für Wilhelm Kahl,* Tubingen, 1923, ora in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze,* Berlin, 1955, p. 79.

([36]) KELSEN, *Der Staat als Integration,* cit., p. 39.

([37]) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale,* cit., p. 169.

([38]) SMEND, *Dottrina dell'integrazione,* cit., p. 277.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tocentesca terminologia di Gerhard Anschütz — "una confusione tra diritto e politica" ([39]). Piuttosto, si può dire che il ripensamento dei rapporti tra potere e diritto, tra politico — che per Smend s'identifica con lo stesso realizzarsi del processo d'integrazione — e giuridico non si apre ad un confronto aperto in grado di restituirci, con maggiore verosimiglianza, un'immagine del reale, ma si blocca su binari predeterminati e pesantemente condizionati dalla precostituzione, a livello di teoria generale, dello Stato come realtà — e si noti — non come realtà di potere, ma come totalità di valori.

L'ambizioso progetto smendiano di ricomporre, tramite il processo d'integrazione, tutte le grandi dicotomie, riunificando realtà sociale e realtà giuridica e, dunque, anche *Politik* e *Staatsrecht*, esclude categoricamente non solo ogni costruzione formalistica del giuridico, ma anche qualsiasi valore ordinante del diritto.

Tuttavia, non è solo il giuridico che si rivela incapace di modellare — o almeno di rendere più trasparente — il potere. La "teologica" proclamazione dell'esistenza spirituale dello Stato accorcia anche inevitabilmente ogni dialettica tra potere e diritto. Alla scomposizione ottocentesca tra realtà sociale e realtà giuridica dello Stato, all'espunzione del politico dalla sistematica giuridica del diritto pubblico, si sostituisce qui una nuova sintesi che non esalta il conflitto tra potere e diritto, ma lo ricompone secondo canali obbligati.

A monte, nella teoria generale, c'è una solida legge strutturale che guida con inflessibile determinismo il fluire del politico nello statuale.

La scarsissima attenzione prestata da Smend al problema dei partiti politici ne è una conferma. L'approccio alla realtà delle forze politico-sociali avviene invariabilmente sotto il segno dell'integrazione, mentre tutto il politico viene ridotto ed identificato con lo stesso processo di creazione dell'unità dello Stato. Al di là del conflitto tra quelle forze, il processo d'integrazione si svolge secondo leggi che posseggono la stessa immutabilità e necessità delle leggi naturali ([40]).

([39]) La frase è citata in ZAGREBELSKY, *Introduzione,* cit., p. 5.

([40]) Ci sembra emblematica la considerazione che mentre per gli organi supremi vale una regola di cooperazione integrativa, "la stessa regola non vale per le forze politiche sulla cui spontaneità conta la costituzione" (p. 227). Partiti e gruppi parlamentari incontrano così "soltanto dei limiti negativi, cioè nel senso di non disturbare i processi d'integrazione...". Non stupisce — è ovvio — che i partiti non possano essere obbligati

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non preoccupa Smend né un problema di legittimazione del potere, né la ricerca — che affaticherà invece Heller — di una fonte di validità dell'ordinamento estranea alla sua logica normativa e direttamente discendente dalla ricchezza sociologica del politico. Al giurista di Basilea preme invece individuare una "struttura unitaria" in grado di colmare il fossato tra politico e statale: lo Stato diventa così il soggetto — "spirituale" — in cui i conflitti si acquietano, si integrano, in cui l'unità si ricostituisce.

La teoria delle funzioni diventa dunque il banco di prova delle capacità di sintesi della dottrina dell'integrazione, non più una semplice classificazione dei poteri dello Stato, ma uno schema complesso attraverso il quale ricostruire le interazioni tra i due sistemi distinti dello Stato e del diritto.

Alla "formalistica" divisione dei poteri si sostituisce una distinzione tra valori — integrazione, diritto, amministrazione — e la loro successiva attribuzione alle diverse funzioni individuate.

Le gerarchie tradizionali sono invertite, i problemi di legittimazione dei poteri passano in secondo piano; la teoria delle funzioni si limita a descrivere il diverso contributo di ogni potere al processo d'integrazione.

Sono dunque i valori realizzati dai diversi poteri a guidare il nuovo schema di classificazione. Si scopre così che esiste una specifica attività dello Stato cui spetta il compito dell'integrazione e che viene di conseguenza a trovarsi al vertice della piramide: il governo ([41]). La giurisdizione è invece in "quelque façon nulle", non in quanto esecuzione integrale di legge, secondo l'opinione tradizionale, ma perché "non serve al valore di integrazione, ma al valore del diritto" ([42]).

L'amministrazione invece è addirittura esclusa dai due sistemi fondamentali dell'integrazione e del diritto, realizzando una sorta di sottosistema autonomo. Completamente tecnocratizzata ed indifferente ai problemi di giuridicizzazione, l'amministrazione è ricondotta allo Stato non più come potere, ma come elemento tecnico di pro-

---

alla cooperazione, ma il fatto che su di un tema concreto e particolarmente delicato dei rapporti tra politico e statuale, questi nessi non vengano assolutamente problematizzati ed integrazione da una parte, dimensione politica — almeno quella conflittuale — dall'altra, proseguano ciascuna per la propria strada.

([41]) *Ibid.*, p. 173.

([42]) *Ibid.*, p. 170.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mozione del benessere, e quindi del tutto separata dalla dimensione costituzionale.

L'unica funzione in qualche modo anfibia, servente cioè sia dei valori di integrazione sia di quelli del diritto, rimane così la legislazione chiamata nell'un caso al "gioco politico d'insieme con l'esecutivo", nell'altro invece ad impersonare "la funzione normatrice generale della vita del diritto" ([43]). Questa ambivalenza costringe Smend a rispolverare la distinzione tradizionale tra legislazione formale e materiale. Ma è evidente che non preme qui una sistematica degli atti, né preoccupa un problema di "abuso delle forme". La suddivisione del concetto di legge è completamente rinnovata ed esprime esclusivamente la diversità dei sistemi di riferimento, lo Stato e l'integrazione da una parte, il diritto dall'altra, in stretta corrispondenza con la loro diversa "pensabilità" ([44]): unicamente nello Stato per legislazione formale ed esecutivo; "anche a prescindere dallo Stato" — vi saranno inserite infatti solo "mediante la costituzione" — per legislazione materiale e giurisdizione.

La contrapposizione con lo *Stufenbau* della Scuola di Vienna non poteva dunque essere più completa: al superamento della divisione dei poteri determinato da quel dinamico combinarsi di *legis latio* e di *legis executio*, di creazione e di applicazione del diritto, che scandisce l'esistenza di uno Stato che è tale solo in quanto si dissolve completamente nell'ordinamento giuridico, si sostituisce per Smend un complesso intrecciarsi tra funzioni e valori che ricostituisce, nell'incontro tra integrazione e diritto, l'insopprimibile realtà spirituale dello Stato.

La rilettura della "semplice divisione dei poteri" ([45]), la rinnovata complessità dello schema tradizionale sostituito dall'intersecarsi di tre diversi sistemi di funzioni e dei corrispondenti universi di valore, divenivano, in questa prospettiva, dei passaggi obbligati per recuperare "la natura peculiare e il carattere politico dello Stato" ([46]), snaturati dagli approcci formalistici, posti in pericolo dall'estraneità allo Stato di matrice liberale.

Del resto, non può essere sottovalutato il fatto che, per Smend, i

([43]) *Ibid.*, p. 175 e p. 171.

([44]) *Ibid.*, p. 173. Su questi profili si sofferma BADURA, *Staat, Recht und Verfassung*, cit., pp. 317-18.

([45]) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 175.

([46]) *Ibid.*, p. 176.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuovi assetti costituzionali ed il venir meno della forma monarchica avevano, notevolmente ingigantito i problemi di visibilità dello Stato. Il declino della monarchia aveva determinato perciò anche una grave compromissione della realtà spirituale dello Stato e proprio questa doveva essere ora urgentemente ristabilita.

Il governo allora non è soltanto il nuovo protagonista del sistema dei poteri dello Stato che, con la sua politicità, rompe lo schema ormai troppo semplice, della tripartizione, incrinandone la giuridicità della struttura, ma diventa il momento stesso in cui si realizza e si rende visibile l'essenza stessa della statualità.

A questo salvataggio, ma spostandosi dal piano dell'integrazione funzionale a quello dell'integrazione materiale, contribuiscono anche i diritti fondamentali, ormai non più raffigurabili come il momento negativo di limitazione dell'autorità dello Stato, ma chiamati essi stessi al compito dell'integrazione ([47]).

I *Grundrechten* da diritti di libertà si trasformano in fattori d'integrazione, abbandonando l'intangibile sfera dell'individualità delle situazioni soggettive per divenire momento centrale del processo di "comunitarizzazione". Si tratta di pagine note dell'antindividualismo smendiano sulle quali sarebbe superfluo qui insistere. Preme solo segnalare che anche in questo caso elementi potenzialmente disgregatori vengono ricondotti con sistematica consequenzialità alla legge strutturale dello Stato. Così i diritti fondamentali cessano di essere specificazioni della legalità amministrativa — del resto quale significato potrebbero conservare se l'amministrazione si limita ad esprimere un valore esclusivamente tecnico? —, divengono il sostrato materiale dell'integrazione, conferendo ai cittadini quello "status materiale che li rende materialmente un popolo" ([48]).

Si riscopre così anche un momento di legittimazione, quel sistema di valori espressi nei diritti fondamentali che attribuiscono legittimità all'ordinamento positivo. L'integrazione si conferma un processo circolare tra i due poli dei singoli e dell'intero, rivelando ancora una volta le sue notevoli ambivalenze ed ambiguità ideologiche ([49]).

Di certo, però, quei valori non sono individualistici, né reclama-

([47]) *Ibid.*, pp. 243 e ss.
([48]) *Ibid.*, p. 245.
([49]) *Ibid.*, p. 246.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no sul piano degli istituti giuridici un qualche primato delle garanzie. Anche in questo caso c'è un vuoto da colmare, non più sul piano delle funzioni, ma su quello contenutistico dell'integrazione materiale. Se la caduta della monarchia ha travolto quell'"universo di valori per l'essenziale non problematico di cui essa è simbolo e la rappresentazione e da cui quindi trae a sua volta la propria legittimazione" ([50]), quella legittimazione e quella immediatezza integrativa, quasi connaturate all'istituto monarchico, nella situazione costituzionale del dopoguerra, vanno ormai ricercate altrove. I diritti fondamentali servono a questo, diventano un ulteriore passaggio sulla strada della rivitalizzazione della realtà spirituale dello Stato.

3) Anche per Heller l'identificazione kelseniana tra Stato e ordinamento, l'"equazione illecita tra Stato e diritto" avevano determinato il definitivo esaurimento delle potenzialità conoscitive di una dottrina dello Stato investita da una "crisi profonda" ed ormai irreversibile sulla strada del formalismo giuridico ([51]).

Il quadro teorico attraverso il quale si realizzava il "salvataggio" dello Stato dalla dissoluzione normativa della Scuola di Vienna era però in questo caso assai diverso da quello delineato da Rudolf Smend. Nelle pagine di Heller non si inseguiva nessuna realtà spirituale dello Stato, frutto di un complesso processo d'integrazione, né s'individuavano leggi strutturali alle quali ogni regolamentazione giuridica del potere, ogni costituzione avrebbero dovuto invariabilmente piegarsi. La matematizzazione del diritto, la sua traduzione nelle asettiche linee logiche di una geometria giuridica, la pretesa purezza della teoria kelseniana con i connessi pericoli di una vistosa perdita di contenuti, dovevano essere arginati in altro modo. I rimedi — lo accennavamo poco sopra — si affidavano allora, ad un rinnovato sincretismo metodologico, ad una salutare immersione della materia giuridica nella complessità della storia e della sociologia, per rinsaldare così la grave frattura apertasi tra diritto e realtà.

Per la programmata rinnovazione della dottrina dello Stato, Heller aveva scelto un tema classico, sul quale già si annoveravano *Il problema della sovranità* di Kelsen e *I quattro capitoli sulla dottrina*

([50]) *Ibid.*, p. 183.

([51]) HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato,* cit., p. 51 e p. 53.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della sovranità di Schmitt ([52]), senza contare tutta una letteratura specializzata — puntualmente analizzata nel volume — che spaziava da Hugo Krabbe ad Harold Laski, da Léon Duguit sino agli internazionalisti, da Triepel a Verdross.

Ed in polemica antitesi con Kelsen — che aveva affrontato, e smantellato, il nodo della sovranità in un "contributo per una dottrina pura del diritto" — per Heller l'opera avrebbe dovuto dimostrare invece proprio l'intangibile valore del concetto, spezzando il processo formalistico di spersonalizzazione del potere e recuperando a pieno la centralità di un soggetto, di un *Imperator* da porre al vertice del diritto pubblico: un "contributo — quindi — alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale" ([53]).

L'irrinunciabilità teorica del concetto di sovranità affonda quindi le sue radici in una necessità di ordine metodologico: la sua dissoluzione in nome di un supposta purezza — Kelsen non può comunque dissimulare il suo democraticismo liberale — esclude ingiustificatamente dal mondo del diritto "il problema sociologico del potere e quello etico della libertà" ([54]).

"Crisi della sovranità" diventa così immediatamente "crisi dello Stato" ([55]): riaffermare la centralità teorica della sovranità vuol dunque servire a predisporre una risposta al problema del potere e del fondamento del diritto positivo, una risposta — s'intende — che non sia esclusivamente di ordine logico-sistematico.

Siamo perciò in piena rotta di collisione con le soluzioni kelseniane: alla purezza metodologica si contrappone una corposa politicità; alla delimitazione tra diritto e sociologia un rinnovato sincretismo metodologico; all'ipotesi della norma fondamentale e alla dissoluzione dello Stato nell'ordinamento, la riscoperta del soggetto e di un potere supremo di stabilire il diritto; all'unità di diritto in-

([52]) KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre,* Tübingen, 1920, trad. ital., *Il problema della sovranità,* cit.; C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität,* München, 1922, trad. ital. (della 2ª ed., 1934) a cura di G. Miglio e P. Schiera, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità,* in *Le categorie del politico,* Bologna, 1972, pp. 27 e ss.

([53]) La contrapposizione polemica iniziava quindi già dai sottotitoli dei due volumi.

([54]) HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato,* cit., p. 51.

([55]) HELLER, *La sovranità,* cit., p. 93: "la crisi teorica del dogma della sovranità è dunque in prima istanza, per quanto non in modo esclusivo, una crisi del soggetto della sovranità, cioè dello Stato".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terno e internazionale la riproposizione aggiornata di una tesi dualistica saldamente ancorata alla pluralità di unità sovrane di decisione.

Al contrario, almeno a prima vista, diverse potevano apparire le analogie con i percorsi schmittiani. Si scopre invece, ad un'analisi appena più attenta, che il debito nei confronti del giurista di Plettenberg — fra l'altro riconosciuto con garbata cavalleria (56) — non va molto al di là dell'importante, ma non decisiva, identificazione del problema della sovranità con un problema di decisione. Altri punti fermi della soluzione schmittiana non incontrano nelle pagine di Heller analoghi consensi. La sovranità infatti è ricondotta dallo stato d'eccezione alla normalità della vita istituzionale dello Stato di diritto, diventa un problema da risolvere nella "situazione normale formalizzata dal diritto" (57); così come alla scelta tra amico e nemico si sostituisce un politico che mira all'abolizione e all'armonizzazione dei conflitti (58).

Rimane certo la comune consapevolezza che "depolitizzare il diritto pubblico non significherebbe altro che destatualizzare il diritto pubblico" (59), ma sappiamo già che intorno alla polemica antikelseniana l'accordo tra i "berlinesi" poteva valere solo "in senso molto generale" (60).

E rimane, se mai, la comune consapevolezza del "significato autonomo del soggetto" (61), frutto della centralità stessa della decisione: ma anche in questo caso l'itinerario di ricerca di Heller — l'individuazione di un soggetto che fosse un adeguato "portatore" della sovranità — si sarebbe svolto tutto in piena coerenza con le novità costituzionali del primo dopoguerra, nel tentativo di dissolvere

---

(56) *Ibid.*, spec. p. 130 e p. 134.

(57) *Ibid.*, p. 131.

(58) HELLER, *Staatslehre,* hrsg. von G. Niemeyer, Leiden, 1934, ora in *Gesammelte Schripten,* Leiden, 1971, Bd. 3, *Staatslehre als politische Wissenschaft,* p. 314: "besteht doch der grösste Teil aller Politik in dem Bemühen, den existentiellen Freund-Feind-Konflikt zu vermeiden". Più ampiamente sul punto P.P. PORTINARO, *Staatslehre und sozialistischer Dezisionismus. Randbemerkungen zu Hellers Rechts- und Staatstheorie,* in *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller,* cit., spec. p. 580.

(59) SCHMITT, *Verfassungslehre,* Berlin, 1928, trad. ital. a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione,* Milano, 1984, pp. 171-72.

(60) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale,* cit., p. 59.

(61) SCHMITT, *Teologia politica,* cit., p. 59.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

completamente il principio monarchico e non invece nella prospettiva, ancora più o meno evidente a metà degli anni Venti, di riproporlo sotto mentite spoglie e formalmente rinnovato per la costituzione di Weimar (62).

Il decisionismo di Heller, in modo sorprendente per chi è abituato ai percorsi schmittiani, può dunque aprirsi ad un rilevante normativismo (63).

Non c'è alcun dubbio: se Kelsen ignora la decisione ed affida ad un'insostenibile — sociologicamente — norma fondamentale il compito primario della sovranità, quello di garantire la validità stessa del diritto; Schmitt, dal canto suo, pur avendo avuto il merito scientifico di riconoscere che la "correttezza normativa" deve necessariamente poggiare su di "un punto di riferimento" (64), su di un momento costitutivo di tipo non normativo, ha invece, per Heller, il grosso difetto di non cogliere "la funzione decisiva che spetta alla legge per l'individualità sovrana di volontà" (65).

Certo, al normativismo si approda per strade diverse dall'ipostatizzazione di una norma fondamentale, posta al vertice dell'ordinamento solo per evitare un *regressum in infinitum* e per delimitare in modo tangibile il mondo del diritto dalla fattualità del politico.

Per Heller — al contrario di Kelsen — quel *continuum* non può essere spezzato: la "norma fondamentale" va cercata secondo approcci che non sono né di tipo logico né, appunto, normativi. La teoria dello Stato ha il compito d'individuare una unità sovrana di volontà ed una fonte di validità del diritto: anche in questo caso, dunque, un elemento in base al quale l'ordinamento possa dirsi unitario, ma che sostituisca all'evanescente impersonalità di una norma, la concretezza di un soggetto dotato di un supremo potere di decisione.

---

(62) Il riferimento è in particolare a SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung,* Berlin, 1931, trad. ital. a cura di A. Caracciolo, *Il custode della costituzione,* Milano, 1981, per la cui analisi e collocazione nel panorama degli ultimi anni della Repubblica, sia consentito di rinviare alle nostre pagine in *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra,* Milano, 1987, 344 e ss. Sul fatto che "Schmitt ha finora (1927) evitato di pronunciarsi con chiarezza" sull'individuazione dell'organo cui dovrebbe spettare la decisione nel caso di eccezione, cfr. HELLER, *La sovranità,* cit., p. 131.

(63) Importanti indicazioni in questo senso si possono leggere in PORTINARO, *Staatslehre und sozialistischer Dezisionismus,* cit.

(64) SCHMITT, *Teologia politica,* cit., p. 56.

(65) HELLER, *La sovranità,* cit., p. 134.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Di conseguenza, muta anche il significato attribuito all'esigenza di unità dell'ordinamento: all'ipotetica unità garantita dalla norma fondamentale, all'unità di tipo sistematico, semplice totalità logica, deve contrapporsi l'unità fondata su di una volontà legislatrice, su di una volontà sovrana pienamente in grado di affermare dei valori (66).

In definitiva, l'unità del sistema giuridico non può essere ricercata nel mondo della logica, pena la completa ed irreparabile destatualizzazione del diritto pubblico, ma nello stesso processo storico, nel progressivo farsi dello Stato moderno, nella lenta formazione di un'autorità capace di esprimere sul territorio una volontà unitaria, la volontà dello Stato.

Di questo processo storico la dottrina dello Stato deve necessariamente tener conto e può farlo solo grazie a quel sincretismo lucidamente programmato in sede metodologica, nella consapevolezza che la scienza non può che essere "storica e sistematico-spirituale al tempo stesso" (67). Storicità ed eticità rianimano quindi prepotentemente il mondo del diritto, sottraendolo all'incontaminata linearità di una geometria giuridica e restituendogli una corposa valutatività: "non vi è dunque nessuna scienza dello Stato e del diritto che sia indipendente dalle decisioni poiché non può essere indipendente dalla storia, e i nostri atti conoscitivi nella teoria politica e giuridica sono sempre al tempo stesso atti di decisione, e prendono quindi parte alla determinazione dell'oggetto che si prefiggono di conoscere. Lo storico del diritto sa che i giuristi hanno influito in modo determinante sulla sua formazione" (68).

A questo punto, però, messe allo scoperto le ramificate radici storiche e politiche, il tema della sovranità tornava ad essere un problema di stretto diritto costituzionale. Certo, l'itinerario da seguire ha una meta ed uno scopo precisi e non formalistici. La ricerca che si avvia serve ad individuare un idoneo soggetto della sovranità, una "volontà reale", un soggetto cioè capace di decidere e quindi di positivizzare l'ordinamento giuridico (69).

Se lo Stato è un soggetto storico-politico, il giuridico non può

(66) *Ibid.*, spec. p. 158.

(67) HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 395.

(68) *Ibid.*, p. 394.

(69) Si vedano i due paragrafi centrali de *La sovranità*, dedicati rispettivamente a *Sovranità e positività* (pp. 108 e ss.) e a *La realtà dell'unità statale e della volontà dello Stato* (pp. 142 e ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concettualizzarlo in modo autosufficiente. Le argomentazioni dovranno allora pescare nel mondo del potere e in quello dell'etica, ma, rinvigorita dall'analisi di problemi troppo recisamente espunti dalla conoscenza giuridica, la soluzione possederà un inconfondibile, specifico contenuto costituzionale: "la struttura gerarchica dell'unificazione statuale di volontà culmina oggi nella legge" ([70]).

La risposta all'interrogativo del "chi decide" ([71]) è già dunque anche una soluzione al problema dell'organizzazione dei poteri dello Stato, alle loro relazioni, alla loro gerarchia.

La supremazia della legge non può però corrispondere al primato della norma generale e astratta, ma deve interpretare uno storico primato della volontà.

Il nodo si scioglie così attraverso una rigorosa teoria della democrazia ed un'altrettanto chiara opzione dall'evidente contenuto valutativo. La crisi dello Stato si ricompone grazie a quel tanto di valori comuni, di "omogeneità sociale" ([72]) che permettano l'operatività del meccanismo della rappresentanza e del principio di maggioranza.

"Fino a quando le lotte tra i partiti e le classi non distruggeranno lo Stato nei fatti", ([73]) la *volonté générale* potrà continuare ad impersonare saldamente il soggetto della sovranità.

La voce di Heller è dunque una voce di fiducia: il necrologio del parlamentarismo pronunziato da Schmitt nel 1923 ([74]) non ne intacca minimamente le convinzioni. Del resto, non sono già di per sé autoevidenti "le opzioni politiche di chi risolve il conflitto politico-sociale in un diritto d'eccezione"? ([75])

Neppure il corrosivo relativismo kelseniano sembra però scalfire in alcun modo le soluzioni in fondo tradizionali — se non per la dottrina tedesca, certamente per quella francese ([76]) — delineate da

([70]) *Ibid.*, p. 161.

([71]) SCHMITT, *Teologia politica,* cit., p. 58.

([72]) Sulla centralità di questo concetto nell'opera di Heller, si vedano le osservazioni di I. STAFF, *Lehren vom Staat,* cit., pp. 408-11.

([73]) HELLER, *La sovranità,* cit., p. 167.

([74]) SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus,* München, und Leipzig, 1923, (2ª ed. 1926), per il quale il Parlamento, come si è sviluppato nel diciannovesimo secolo ha perso "seine bisherige Grundlage und seinen Sinn". Citiamo dalla ristampa della seconda edizione, Berlin, 1969, p. 63.

([75]) HELLER, *La sovranità,* cit., p. 131.

([76]) Ci limitiamo a ricordare il solo R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Heller. Popolo, rappresentanza, principio di maggioranza, volontà generale rimangono i termini concettuali sui quali orbitare la costruzione del diritto pubblico. Sono del resto i termini della costituzione di Weimar, a cui i costituzionalisti tedeschi hanno, sinora, troppo poco prestato attenzione (77).

Ancora una volta dunque Heller non può essere d'accordo con Kelsen: la sovranità popolare rappresenta ancora un frutto troppo recente e dunque precario nella realtà costituzionale tedesca perché si possa accantonare, in modo causticamente demolitorio, come "crassa finzione" dei costituenti dell'89 (78).

Un'assoluta incomunicabilità — in perfetta simmetria con l'irriducibile antagonismo tra Kelsen e Smend — si frappone allora, sempre e comunque, tra le soluzioni del giurista austriaco e quelle del giovane professore socialdemocratico? Chi ha presente i percorsi kelseniani dai *Hauptprobleme* in poi potrebbe — a nostro avviso — avere anche più di una perplessità.

Negare l'irrilevanza delle contrapposizioni metodologiche sarebbe non solo scorretto, ma anche gravemente inesatto. Esiste una diversità di "campo teorico" e non solo di argomentazioni retoriche che rende il discorso giuspubblicistico dei due giuristi non immediatamente sovrapponibile.

Basterebbe riandare però a quella "suprema débâcle della costruzione giuridica" (79) che si consuma nelle pagine dei *Hauptprobleme* con la definizione del potere legislativo come funzione sociale; basterebbe ricordare quel "politisches Prinzip" cui Kelsen affidava l'intera giuridicità dello Stato (80), per indovinare, pur nella diversità dei sentieri, che da una parte negano, dall'altra affermano

---

volonté générale, Paris, 1931 (rist., Parigi, 1984), una voce, per altro, sotto molti aspetti, assai critica del predominio del Parlamento negli equilibri costituzionali della Terza Repubblica francese.

(77) HELLER, *La sovranità,* cit., p. 140. Il principio era solennemente proclamato nell'articolo 1 c. 2 della *Reichsverfassung:* "Die Staatsgewalt geht vom Volke aus".

(78) KELSEN, *Il problema del parlamentarismo,* cit., p. 178.

(79) L'espressione è dello stesso HELLER, *La sovranità,* cit., p. 162.

(80) KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze,* Tübingen, 1911, pp. 410-11 (citiamo dalla ristampa della seconda edizione, 1923, Aalen, 1960); ID., *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft,* in *Archiv des öffentlichen Rechts,* 31 (1913), p. 73: "das politische Prinzip, welches das Gesetz über alle Staatsfunktionen stellt, gewährt mit seinem Siege die logische Voraussetzung für eine juristische Konstruktion der gesamten Staatsgewalt".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"il dualismo radicale di volontà e norma" ([81]), un itinerario se non comune almeno non confliggente.

Certo, per Heller quelle pagine dei *Hauptprobleme* evocheranno sempre un modo "troppo facile" per negare la volontà reale dello Stato, per portare a compimento il progetto di spersonalizzazione del potere, per espungere dallo Stato e dal diritto "ogni volontà vivente" ([82]).

La diversità dei presupposti metodologici intesserà così un velo fitto e impenetrabile e la polemica tra i due giuristi non perderà occasione per dimostrare tutta la sua asprezza e radicalità.

Eppure, se ci prendiamo la briga di sollevare appena questa pesante cortina d'incomunicabilità per sbirciarne i contenuti costituzionali, vedremo delinearsi con nettezza anche un'importante serie di convergenze.

Non era perciò soltanto per polemica immodestia se, nella discussione seguita alla celebre relazione di Heller su *Il concetto di legge nella costituzione di Weimar*, durante la riunione dei costituzionalisti tedeschi a Monaco nel marzo 1927, proprio Kelsen poteva rintuzzare le critiche mosse alla Scuola di Vienna ,sostenendo con brutale franchezza che senza quella dottrina la relazione di Heller oggi non sarebbe stata neppure possibile ([83]).

Senza negare gli opposti punti di partenza e le diverse prospettive, un pezzo di strada, forse, poteva esser stato dunque percorso insieme.

"La dottrina dominante della bipartizione del concetto di legge è teoricamente insostenibile e praticamente in parte priva di senso ed in parte pericolosa" ([84]). La posizione di Heller non lasciava adito a dubbi: la tradizionale distinzione tra legge formale e materiale è l'immagine di un "costituzionalismo molto primitivo" che ha alle sue spalle un "retroterra assolutistico" e che si limita a riconoscere valore di norma giuridica ad un ristretto numero di disposizioni che regolano situazioni soggettive individuali; al contrario, "le norme che

([81]) HELLER, *La sovranità*, cit., p. 162.

([82]) *Ibid.*, p. 162.

([83]) L'intervento di Kelsen si può leggere in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, Heft 4, Berlin und Leipzig, 1928, pp. 176 e ss.

([84]) HELLER, *Il concetto di legge nella costituzione di Weimar*, p. 315. La relazione di Monaco è il quarto scritto di Heller inserito nella raccolta curata da Pasquino.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vincolano lo "Stato", cioè gli organi dello Stato, sono "non-norme giuridiche", dunque nel migliore dei casi leggi formali ([85]).

Non poteva esserci un riconoscimento più esplicito dei vistosi limiti garantistici che erano propri di una tradizione interpretativa del principio di riserva di legge che risaliva, per le sue formulazioni più nette, sino ad Otto Mayer ([86]).

Non può sfuggire però che il difficile compromesso mayeriano tra *Vorrang* e *Vorbehalt des Gesetzes* da una parte, ed il principio di una rigida autonomia del potere amministrativo dall'altra, costituiva un monumento giuridico al principio monarchico che Kelsen aveva rimosso già un quindicennio prima, inaugurando quell'itinerario della legalità amministrativa che sarebbe approdato, tra preoccupazioni *rechtstheoretisch* e *rechtspolitisch*, al riconoscimento normativo nella costituzione austriaca del 1920 ([87]).

Né può sfuggire che nella costruzione helleriana dei poteri dello Stato si utilizzassero molte soluzioni elaborate dalla teoria dinamica di produzione del diritto propria della Scuola di Vienna. Nella replica ([88]) era lo stesso Heller a dover riconoscere, nonostante le polemiche della relazione contro il razionalismo giuridico kelseniano, i prestiti contratti con lo *Stufenbau*, che andavano dal riconoscimento di una *interpositio auctoritatis* nel processo non meccanico, di esecuzione di legge sino all'individuazione della *Rechtssetzung* come risultato di una progressiva individualizzazione di norme da parte dell'autorità chiamata ad eseguirle, ivi compresa l'attività legislativa ([89]).

Critica del principio monarchico, straordinariamente resistente in molte soluzioni dogmatiche della stessa teoria costituzionale weimariana; primato della legge e sua elaborazione come concetto giuri-

---

([85]) *Ibid.*, p. 321.

([86]) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht,* Leipzig, 1985, vol. 1°, pp. 67 e ss.

([87]) Ci riferiamo in particolare a KELSEN, *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung,* in *Juristische Blätter,* 42 (1913), pp. 229 e ss., ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross,* hrsg. von H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambek, Bd. 2, Wien, 1968, pp. 1533-43. Abbiamo ricostruito l'itinerario cui accenniamo nel testo in *Tra Weimar e Vienna,* cit., pp. 157 e ss.

([88]) Cfr. HELLER, *Schlusswort,* in *VVDStRL,* Heft 4, cit., pp. 201 e ss.

([89]) Per uno scritto di sintesi, cfr. KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates,* 1923-24, trad. it. in *Il primato del Parlamento,* cit., pp. 79 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dico unitario; costruzione del sistema dei poteri all'insegna di una progressiva individualizzazione di norme, rappresentavano dunque significative e non occasionali convergenze, così come, negli anni a venire, si attribuirà un significato in larga parte comune alla parola d'ordine della *Entpolitisierung der Beamtenschaft* ([90]).

Lo stesso modo di argomentare scelto da Heller nella relazione era del resto rivelatore. Tutto preso da una polemica frontale con il razionalismo giuridico della Scuola di Vienna, Heller aveva ancora una volta riconosciuto in Kelsen il semplice epigono della "legificazione dell'attività dello Stato" ([91]). Al tempo stesso, però, quasi inconsapevolmente, e citando il solo Adolf Merkl, aveva finito per abbracciare quella *Stufentheorie* che mediava, nei diversi gradi dell'ordinamento, creazione ed applicazione del diritto, decisione e norma.

Ad attizzare il fuoco della polemica rimaneva però lo scontro sulla sovranità e sul suo soggetto, sul valore dirimente che agli occhi di Heller possedeva il concetto di "erhöhte Geltungskraft" ([92]), quella validità materiale "incrementata" che la legge otteneva, rispetto agli altri atti dello Stato, per il suo essere espressione della volontà generale.

In questa zona indefinita, in cui l'ordinamento giuridico consolidava i propri valori di unità e validità, le incomprensioni tra i due giuristi riemergevano incontenibili. Sempre più convinto Heller della necessaria esistenza di un *continuum* senza fratture tra politica e diritto; persuaso invece Kelsen che occorresse giocare ormai su due campi separati e distinti: quello del primato della democrazia, in cui recuperare una piena libertà di critica nei confronti di quelle "mere finzioni" — il popolo, la rappresentanza, la volontà generale — che impedivano di comprendere quel primato alla luce della centralità del compromesso e di uno spazio istituzionale — il parlamento — dove realizzare l'integrazione politica; e quello dell'ordinamento giuridico e della sua teoria, da affidare ad una costruzione dinamica che , poggiando su di un nuovo elemento di unificazione — la norma

---

([90]) HELLER, *Das Berufsbeamtentum in der deutschen Demokratie,* in *Die Neue Rundschau* ora in *Gesammelte Schriften,* cit., Bd. 2, *Recht, Staat, Macht,* p. 381 e ss. Siamo costretti a rinviare ancora al nostro lavoro, *Tra Weimar e Vienna,* cit., spec. pp. 361-62.

([91]) HELLER, *Il concetto di legge,* cit., p. 329.

([92]) HELLER, *Schlusswort,* cit., p. 203.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondamentale — potesse essere in grado di reinserire la funzione legislativa nell'ambito delle funzioni statali, sottraendola a quell'indistinto sociale cui era stata assegnata nei *Hauptprobleme*, anche a garanzia dell'unità dello *Staatswille*.

Decisione e norma conservavano dunque nelle pagine dei due giuristi notevoli spazi di oscillazione, ora concomitanti e sincronici come nella teoria di produzione del diritto ([93]), ora invece — come nella risposta al problema della positività del giuridico — completamente differenziati e addirittura assegnati a diversi universi disciplinari.

Non si trattava, almeno per Kelsen, di delimitazioni stabilite una volta per sempre: il passaggio del giurista austriaco da una teoria della norma fondamentale come ipotesi a quella della *Grundnorm* come finzione avrebbe riunificato anche quel dualismo tra norma e volontà, tra imperativo ed *Imperator* ([94]) contro il quale tanto si era scagliato Heller. Tra questi due grandi giuristi il dibattito sulla sovranità non si sarebbe, però, più potuto riaprire.

([93]) Sul rapporto tra *Stufenbau* e decisione importanti precisazioni si possono leggere in A. CATANIA, *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento,* Napoli, 1987, spec. pp. 171-73.

([94]) Il riferimento è ad un passo ormai celebre della *Allgemeine Theorie der Normen,* hrsg. von K. Ringhofer und R. Walter, Wien, 1979, trad. ital. a cura di M. G. Losano, *Teoria generale delle norme,* Torino, 1985, p. 6: "la norma per esistere — cioè per essere valida — deve essere statuita da un atto di volontà. Non c'è norma senza un atto di volontà che la statuisca ovvero — come viene formulato per lo più questo pensiero — nessun imperativo senza *imperator*, nessun comando senza comandante". Sulle innovazioni teoriche degli ultimi scritti kelseniani, basti qui rinviare a R. WALTER, *Su alcuni problemi di teoria del diritto alla luce della Allgemeine Theorie der Normen di Kelsen,* in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento,* a cura di C. Roehrssen, Roma, 1983, pp. 149 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ragguagli fiorentini

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ATTIVITÀ DEL «CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO» NELL'ANNO ACCADEMICO 1988/89

Nell'anno accademico 1988/89 il Centro ha avuto quale gradito ospite, per un soggiorno di studio, il Prof. YOSHIKAZU MURAKAMI, della Università di Shizuoka (Giappone).

Durante l'anno accademico 1988/89 sono stati pubblicati nella «Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno», che si affianca a questi «Quaderni», i seguenti volumi: Paolo GROSSI, *«La scienza del diritto privato» — Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo — 1893/1896; La storiografia giuridica scandinava — Atti dell'Incontro di studio — Firenze, 22/23 maggio 1987*, a cura di Paolo Grossi; *La culture des Revues juridiques françaises*, a cura di André-Jean Arnaud; Adam SMITH, *Lezioni di Glasgow*, a cura di Enzo Pesciarelli; Thilo RAMM, *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*, a cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro.

Nei giorni 25-28 maggio 1989 si è tenuto in Firenze, per iniziativa del Centro, un Convegno di studio: "Hispania-Entre derechos propios y derechos nacionales", che si è concretato in un significativo incontro con la storiografia giuridica ispano-portoghese. Ha introdotto e presieduto i lavori Francisco TOMAS Y VALIENTE, Presidente del Tribunal Constitucional — Catedràtico de la Universidad Autonoma de Madrid. Hanno tenuto relazioni Bartolomé CLAVERO (Universidad de Sevilla); Benjamin GONZALEZ ALONSO (Universidad de Salamanca); Antonio Manuel HESPANHA (Universidade Nova de Lisboa); Aquilino IGLESIA (Universidad de Barcelona); Carlos PETIT (Universidad Autonoma de Barcelona); Enrique GACTO (Universidad de Murcia). Hanno tenuto comunicazioni Salustiano DE DIOS (Salamanca), Carlos GARRIGA (Salamanca), Josep Maria GAY ESCODA (Barcelona), Francisco Luis PACHECO (Lerida), Mario REIS MARQUES (Coimbra), Jesus VALLEJO (Sevilla). Da segnalarsi gli interventi nella discussione di Victor TAU ANZOATEGUI (Buenos Aires) e di Raquel RICO LINAGE (Jerez de la Frontera), nonché di Encarna ROCA TRIAS, civilista a Barcelona, e di Pedro CRUZ VILLALON, costituzionalista a Sevilla. Gli «Atti» sono in corso di stampa presso l'Editore Giuffrè, quale volume XXXIV della «Biblioteca» del Centro.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La Redazione è lieta di pubblicare qui il ricordo di tre non dimenticabili giuristi: dell'italiano Riccardo Orestano, spentosi appena un anno fa, la cui ricca esperienza culturale è rivissuta dall'allievo Massimo Brutti nel quadro complesso della vicenda del pensiero giuridico italiano prima e dopo la seconda guerra mondiale; del francese Michel Villey, spentosi anche lui nel 1988, alla cui memoria rende omaggio Alfred Dufour, uno storico del diritto assai sensibile alla dimensione filosofica; del brasiliano Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979), scomparso precisamente or sono dieci anni, artefice di una vastissima opera nei più disparati campi del diritto, ripensato qui soprattutto per il suo cospicuo contributo privatistico da un insigne civilista e vecchio amico dei nostri "Quaderni", Clovis do Couto e Silva.

Red.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MASSIMO BRUTTI

ANTIFORMALISMO E STORIA DEL DIRITTO
Appunti in memoria di Riccardo Orestano (*)

1.- Non posso parlare di Riccardo Orestano, in questa aula, che è la stessa ove si svolgevano le sue lezioni, da questa cattedra, senza che i ricordi si affollino. Siamo stati qui insieme tante volte.

Non voglio sottrarmi a questi ricordi, che sono almeno in parte comuni a molti di voi. Forse sarebbe possibile. Potremmo parlare soltanto dalle pagine scritte, delle ricerche compiute, dei libri che ci ha lasciato questo nostro maestro. Danno un ritratto vivo del suo lavoro storiografico e del suo pensiero, fino all'ultimo vigile e curioso e in movimento, nonostante il male fisico.

Io credo che un bilancio di quest'opera si possa e si debba già tentare. Possiamo ora tracciarne la vicenda. Provare a dire di quale storia fanno parte gli studi di Orestano, qual è il contributo che hanno dato alla cultura giuridica italiana. Ma prima dell'opera viene la vita. Era frequente in lui il richiamo alla immediatezza dell'esistenza. E con la vita le idee che si formano, le parole pronunziate, gli stati d'animo, gli affetti e le insofferenze.

È tutto questo che ritroviamo nella nostra memoria. Ed anche la consuetudine quotidiana che abbiamo avuto con lui era un insegnamento. Lo aspettavamo spesso davanti alle scale della Facoltà, oppure lo raggiungevamo quando era già in questa aula. Svolgeva la lezio-

---

(*) Ho ricordato la figura e l'insegnamento di Riccardo Orestano nella Facoltà giuridica di Roma, l'11 febbraio 1989, a tre mesi dalla sua morte. Queste pagine seguono la traccia delle parole di allora. Ma nel frattempo ho continuato ad aggiungere altre riflessioni e cenni analitici, che hanno ampliato il mio scritto. Adesso, giunto il momento di selezionare e licenziare gli appunti che si sono susseguiti fin qui, ho voluto tuttavia conservare la struttura originaria del testo, che è quella di una pubblica commemorazione. Infatti, anche le pagine nuove sono parte dello stesso discorso ed indicano una lettura non distaccata dell'opera di Orestano, della sua collocazione storica e dei suoi problemi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne in piedi, appena spostato verso la destra. La sua esposizione era chiara, con lunghe pause; parlava un po' a bassa voce; in certi momenti, soprattutto quando leggeva un testo, l'attenzione degli studenti si tendeva. Lo ascoltavamo; in qualche vocale un po' larga si sentiva ancora l'accento siciliano. Amava Palermo, la Sicilia e ne era stato lontano per molti anni (1). Dedicava un ampio spazio alla lettura delle fonti, se il corso era strettamente romanistico. Il problema giuridico, i referenti storici del testo emergevano con gradualità, chiari.

Dopo la lezione si andava in istituto. Discutevamo; poi camminavamo per i viali dell'università. Parlava con gli studenti, con noi. Quello che sentivamo, da parte sua, non era soltanto rispetto per gli interlocutori, per ciascuno, anche per i più giovani. Era qualche cosa di più: era la fiducia nell'interlocutore, l'attesa di una risposta.

Avevo sostenuto con lui l'esame di Diritto romano nell'ottobre del 1964; e dall'esame era nata l'idea della tesi. Il filo conduttore era il pensiero stoico antico. Questa corrente filosofica aveva influito sulla formazione e sulle idee generali della giurisprudenza romana. Vi era poi una "rinascita" moderna dello stoicismo, nel XVI secolo (2): esso tornava in primo piano, con accezioni nuove, nelle

---

(1) Era venuto via, per trasferirsi a Roma, alla fine degli anni 20. I suoi ritorni erano sempre occasionali e rapidi. Uno degli ultimi, dopo più di venti anni di assenza, fu in occasione della XXXIII Sessione della Societé Internationale des Droits de l'Antiquité, tenutasi in quella città dal 12 al 16 settembre 1979. Pronunziò un discorso introduttivo dedicato a Salvatore Riccobono. Andava — ma senza darlo troppo a vèdere — alla ricerca di immagini, di impressioni, di sapori del passato. Giustificava la sua lunga assenza con una ostilità, un timore per ciò che avveniva a Palermo. Sebbene intorno all'inizio degli anni 50 Lauro Chiazzese, preside dal '47 al '50 e poi rettore dell'ateneo palermitano, gli avesse prospettato la possibilità di una sua chiamata su una cattedra romanistica, non se l'era sentita di accettare ed aveva declinato l'offerta. Non certo per la facoltà, ma per la città, per i costumi delle sue classi dirigenti, che gli apparivano sinistri ed intollerabili. Temeva, con il ritorno nei luoghi dove erano state le sue origini familiari, gli anni dell'infanzia e dell'adolescenza — i luoghi delle memorie e del linguaggio più immediato — che riemergesse un vincolo troppo forte di appartenenza e che inavvertitamente lo spingesse a giustificare dentro di sé tutto il mondo circostante: ed in questo, violenze ed ingiustizie antiche, malamente ammodernate. Perciò voleva restare lontano, e questa scelta fu accompagnata da un'amarezza quasi mai detta. Ricordo di avergliela sentita manifestare in quel settembre del 1979.

(2) Cfr. in proposito E. ZANTA, *La Renaissance du stoicisme au XVI^e siècle,* Paris 1914.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dottrine sistematiche della scuola culta francese. L'antica idea di *ordo rerum* serviva a dare fondamento alle costruzioni dei giuristi.

Andai a casa sua per parlarne. La stanza nella quale era abituato a lavorare dava una immagine di luminosità e di silenzio. C'erano due fiori sul tavolino del salotto e libri ovunque. Stella — la figliola del professore — era venuta a salutarmi. Eravamo amici dai tempi del liceo. La memoria di quell'incontro, da cui nacque il lavoro della tesi e cominciò un lungo colloquio, mai interrotto, con Orestano, si accompagna ora nella mia mente ad un altro ricordo: il sorriso amichevole e dolce di Stella, che non è più con noi, le sue parole di augurio e di incoraggiamento. Erano giorni felici. Le prime schede, i libri da leggere, la ricerca che — sia pure ancora confusamente — si avviava.

Mi colpiva la constatazione che alla base di ogni specifica indagine da intraprendere vi fosse sempre per Orestano una serie serrata di domande sugli strumenti concettuali della ricerca e sulla loro storicità: la questione del metodo, insomma. Ma egli riteneva che negli studi giuridici il metodo non fosse altro se non una proiezione e un articolarsi della concezione del diritto dalla quale ciascuno muove (3). Così per esempio il metodo della *Isolierung* di cui parla Schulz presuppone una rappresentazione formale del fenomeno giuridico e l'equazione diritto-norme (4). Dunque, le domande sulle categorie concettuali, come strumenti della conoscenza e della esposizione, divenivano ben presto domande sul senso della ricerca: sul proprio punto di vista, sulle circostanze o le letture dalle quali ognuno di noi era condizionato, sul confronto con gli altri. Per me intraprendere questa via intellettuale significò allora un grande ed utile sforzo di chiarezza, un mettere ordine nelle idee; e gli sono grato di avermi aiutato.

Orestano credeva che la storiografia giuridica dovesse ripensare se stessa, per definire la propria autonomia, ma anche per fissare uno statuto dei propri rapporti con lo studio e con l'interpretazione dei diritti vigenti, sempre più complessi e mutevoli. Era questa, per lui,

(3) Il tema è ampiamente svolto nella *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, p. 12 s.; e pp. 308-342. Già era trattato nelle precedenti edizioni di questa opera: la prima è del 1953, la seconda del 1961. Dei contenuti e del senso che hanno avuto queste diverse edizioni dirò più avanti.

(4) Vedi F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, a cura di V. Arangio-Ruiz, Firenze 1949, p. 16 ss. e 34 ss. (ma l'ediz. tedesca è del 1934).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una convinzione ferma già alla fine degli anni 40 e si riproponeva intatta anche nell'età matura, quando io l'ho conosciuto. In particolare, egli riteneva che proprio lo studio del diritto romano, in una fase storica di grandi cambiamenti nell'intera Europa, avesse bisogno per rinnovarsi di un'opera di introspezione. Dovevamo essere filologi o giuristi? La critica interpolazionistica, nei suoi sviluppi estremi, aveva a suo modo risolto il problema, elaborando una propria filologia (sovente arbitraria) al servizio di costruzioni giuridiche, tra le quali l'astrazione del diritto classico. Ma Orestano sottolineava l'insufficienza di quella prospettiva ([5]).

Richiamava, nelle prime pagine della *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, una frase ben nota di Pietro De Francisci: "Per ogni disciplina, v'è un momento in cui questa, giunta ad un certo grado di maturità... sente il bisogno di ripiegarsi su se stessa, di procedere con un movimento riflesso ad una revisione critica dei suoi risultati, ad una verifica dei procedimenti mediante i quali essa ha accumulato il suo patrimonio di cognizioni, ad una determinazione insomma del suo metodo e dei principi sui quali essa insiste". Anche per gli studi romanistici era giunto quel tempo — scriveva De Francisci.

Il passo è tratto dalla *Storia del diritto romano* ed era già nella edizione del 1926 ([6]). Orestano lo ha riproposto nelle diverse stesure della sua *Introduzione*, fino alla edizione ultima, che si intitola *Introduzione allo studio del diritto romano* ([7]). La novità del titolo rispetto alle edizioni precedenti rispecchia la considerazione che molte cose sono cambiate nel nostro campo di ricerche. Non c'è più bisogno di sottolineare che lo studio del diritto romano dev'essere storico. La sua riduzione in dogmi non serve a noi; né serve alla scienza giuridica che ha ad oggetto il presente. Anzi, questa è alla ricerca di strumenti concettuali affinati (da usare con chiara consapevolezza della loro relatività). Strumenti flessibili, per descrivere e individuare il pluralismo dei diritti contemporanei, le legislazioni ete-

([5]) Un bilancio dell'interpolazionismo e dei tentativi di superamento è in R. Orestano, *Diritto romano,* in *Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino 1960, p. 1024 ss. Cfr. ora la *Introduzione* ed.[3], cit., (1987), p. 535 ss.

([6]) P. De Francisci, *Storia del diritto romano,* I, Roma 1926, p. 32.

([7]) Per la prima volta questa pagina di De Francisci era citata nel saggio *Il diritto romano nella scienza del diritto*, in *Jus*, 2, 1951, p. 141 ss. Poi entrò a far parte della *Introduzione*. Cfr. ed. 1987, p. 11 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rogenee, l'inflazione delle norme, ormai lontane dalla sicurezza del pensare sitematico ([8]). E tuttavia, malgrado questi cambiamenti, la necessità della introspezione è ancora attuale. Orestano nel 1987 cita ancora il brano di De Francisci. Gli sembra che il programma là enunciato debba valere non solo per i romanisti. Per il giurista contemporaneo l'introspezione è altrettanto necessaria. La presa di coscienza della storicità delle categorie del pensiero giuridico e quindi l'indagine concreta sulle loro origini e sul loro divenire è un passaggio ineludibile.

Come si spiega il fatto che l'insegnamento di Orestano — proprio su questo punto : la storicità del pensiero giuridico, l'autoanalisi — sia stato accolto così largamente dagli studiosi di diritti vigenti? E perché soprattutto da quelli delle generazioni più giovani, negli anni del secondo dopoguerra?

Per rispondere, io tento ora una valutazione, che corre il rischio di essere sommaria, ma esprime con nettezza ciò che molti di noi coglievano nei suoi scritti. Pur nell'ambito di una pluralità di interessi e di temi, egli era un romanista che narrava e dimostrava la *perdita di senso* delle categorie della pandettistica: gli schemi che la scienza giuridica tedesca aveva elaborato e che erano stati importati in Italia dopo il 1870; l'idea di un diritto scientifico, fatto di ipostasi concettuali, prima che di concrete direttive rivolte all'agire sociale.

Di questa perdita di senso parlano in vario modo le sue opere: soprattutto l'*Introduzione*, la voce *Azione* (1959), *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto* (1960) e *Il problema delle persone giuri-*

([8]) La fenomenologia che qui così sommariamente richiamo è ampiamente diffusa nell'Europa contemporanea. Un disegno sintetico, per l'analisi e la comparazione di singole realtà, è in G. TEUBNER, *Aspetti, limiti, alternative della legificazione,* in *Sociologia del diritto,* n. 12, 1985, p. 7 ss. Si veda anche S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali,* in *Rivista critica del diritto privato,* 5, 1987, p. 709 ss.: "... Il modello di razionalità, per lungo tempo corrente tra i giuristi, veniva dritto dal mondo scientifico, obbediva come questo a leggi di continuità, linearità. Di tutto questo oggi si discute, ed emergono modelli diversi, di una nuova scienza fondata su una logica non lineare, elastica attenta a strutture instabili...". Il paragone con i mutamenti intervenuti nella logica delle scienze naturali serve a motivare la flessibilità degli schemi giuridici. Nascono da qui le così dette "nozioni a contenuti variabili", che hanno ambiti di operatività crescenti nelle legislazioni civili. Sulla instabilità come orizzonte necessario del giurista contemporaneo e sul tentativo di ricostruire microsistemi, cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*[2], Milano 1986. Ed infine F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto,* in *Studi Giannini,* II, Milano 1988, p. 29 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diche in diritto romano (1968). Ripercorrono acutamente, spesso con insolito distacco, le dottrine dominanti negli studi giuridici italiani tra le due guerre e i loro modelli ottocenteschi. Ne scompongono le astrazioni fondamentali, ne criticano il metodo deduttivo, le continue petizioni di principio: quel ragionare in termini di verità e di errore a proposito dei concetti giuridici. Mi pare che le critiche più articolate e puntuali investano le sistematiche del diritto civile (e con esse la scienza processualistica, da Chiovenda in avanti). Si tratta di forme che avevano perduto il loro potere di sintesi, la loro capacità di riassumere e descrivere i diritti.

Ebbene, la storicizzazione che Orestano proponeva non poteva non esercitare un fascino, un influsso sugli studiosi e gli interpreti che avevano proprio a che fare, negli stessi anni in cui egli scriveva, di fronte ai fenomeni tumultuosi di mutamento, con una perdita di senso delle proprie tradizioni teoriche (il sistema, la certezza, la cultura dei codici). Davanti ai loro occhi, nel lavoro quotidiano di analisi del diritto, nei tentativi di costruzione concettuale, si andava frantumando un idolo che aveva avuto lunga vita: quello della unità tecnica e dell'autosufficienza del discorso giuridico.

Molto di questo concettualismo comune, penetrante e diffuso, discendeva dagli esempi e dagli insegnamenti della cultura giuridica tedesca dell'ottocento. Con la pandettistica aveva preso corpo una "grande illusione" (9). L'idea dell'individuo, soggetto di diritto, con tutti i suoi predicati, era stata trasportata dal piano della filosofia (le immagini del diritto di natura) a quello della scienza giuridica. Ciò era avvenuto fin dai primi dell'800. Le costruzioni concettuali dell'individualismo erano state applicate alle normazioni positive. Ne era derivata, fra l'altro, qualche acrobazia teorica, come quella dell'imputazione di relazioni giuridiche privatistiche ad entità diverse dall'individuo. La dicotomia soggetto-norma (originariamente segnata dal primato del soggetto) era stata posta a base delle sistematiche di diritto civile, in un'epoca nella quale le filosofie giusnaturalistiche erano al tramonto. Perciò il primato dell'individuo non poteva durare a lungo.

---

(9) La vicenda è descritta da Orestano più volte. Una esposizione lucida e ricca di esemplificazioni è in *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale,* in *Jus*, 11, 1960, p. 149 ss., ora ripubblicato in *Azione diritti soggettivi persone giuridiche,* Bologna 1978, p. 113 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alcune pagine di Gorla sul pensiero di Tocqueville colgono bene il momento di trapasso, nel quale la sfera di libertà del soggetto, la sovranità che ha origine dal suo volere, diviene un "diritto derivato" ([10]). Quelle note indicano una prospettiva di ricerca. Seguendole e mettendo a frutto contemporaneamente una letteratura già vasta sulle vicende e le svolte dottrinali dell'800, Orestano ha ripercorso tempi e modi di un passaggio teorico cruciale per il diritto moderno, o almeno per come esso è pensato dalle dottrine dominanti ([11]). È il passaggio dal soggetto alla norma, quale punto di partenza e centro del sistema. Il che significa uno spostamento di accento dal privato al pubblico, dalla persona fisica alla persona Stato. Egli ha sottolineato come l'alternanza tra diritto soggettivo ed oggettivo presupponesse una struttura dilemmatica del pensiero pandettistico, fin dai suoi inizi. Ma soprattutto ha mostrato che in realtà l'alternanza non incide sul modo di concepire il sistema come macchina teorica. Infatti, la perdita di priorità logica del diritto soggettivo non significa la sua fine. Anche se non viene più per primo, esso resta come un termine essenziale nel meccanismo della scienza. Né cambia l'impianto logico-deduttivo di questa, mentre i discorsi giuridici continuano a misurarsi a seconda del contributo che danno ad un immaginario ed astorico perfezionamento del sistema.

È quindi una continuità di ideali e di tecniche quella che Orestano descrive. Ne coglie le radici storiche. Dimostra inoltre che la realtà dei diritti falsifica il modello di origine giusrazionalista, sottraendosi ad ogni *reductio ad unum* ([12]). La sua analisi si lega ad un movi-

([10]) L. GORLA, *Commento a Tocqueville. "L'idea dei diritti"*, Milano 1948, p. 42 ss.

([11]) Questa tematica è al centro dei tre scritti raccolti nel libro *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, cit. Accanto al saggio del 1960, già citato nella nt. 9, il volume comprende la voce *Azione (storia del problema)*, pubblicata per la prima volta nel IV volume della *Enciclopedia del diritto*, Milano 1959; ed il secondo capitolo del libro *Il "problema" delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino 1968. In occasione della ripubblicazione dei tre saggi, ho già cercato di definirne il senso: la connessione con gli studi di diritto romano, il contributo ad una critica delle dottrine civilistiche dominanti. Cfr. M. BRUTTI, *Storiografia e critica del sistema pandettistico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8, 1979, p. 317 ss. (pubbl. nel 1980).

([12]) Cfr. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, cit., p. 194 (=*Azione diritti soggettivi persone*, cit., p. 187): "Basta provarsi ad evadere mentalmente, anche per un momento, dalla suggestione giusrazionalista, per accorgersi che in-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento più ampio e tutt'altro che lineare. È proprio negli anni 50 (come vedremo, il periodo di maggiore creatività nel suo lavoro scientifico) che il mito della unità del diritto (la compattezza adiafora del pensare sistematico, la sua capacità di riassumere e dettare l'insieme delle regole) giunge all'esaurimento negli studi giuridici italiani. Siamo ad un punto di non ritorno.

Riproponendo in un'antologia del 1971 le pagine che Orestano aveva dedicato alla tematica dei diritti soggettivi, Stefano Rodotà abbozzerà una valutazione circa il senso del lavoro storiografico all'interno dell'analisi giuridica ([13]). Con una tradizione fortemente dommatica alle spalle, non potrà non scorgere in questa contaminazione una novità. Fare storia del diritto privato e delle sue trasformazioni non significa, secondo lui, solo il riconoscimento, raggiunto attraverso l'indagine sul passato, di una storicità degli istituti. È un tipo di indagine nel quale egli scopre anche un risvolto costruttivo. Apre infatti la strada ad una scienza degli ordinamenti legislativi particolari. Un sapere il cui oggetto è esclusivamente storico. Questo giudizio complessivo può riferirsi proprio all'insegnamento che i civilisti come Rodotà, venuti agli studi nei tardi anni 50, traevano dalle pagine di Orestano.

Va ricordato che nella civilistica di quegli anni spunti nuovi di antiformalismo entravano già negli scritti di studiosi che appartenevano all'incirca alla stessa generazione di Orestano. Rosario Nicolò, nella prolusione romana del 1956, andava alla ricerca di un "substrato rappresentato dalla concreta realtà economico-sociale del tempo moderno" (questo doveva diventare l'asse di riferimento dell'interpretazione: l'oggetto e il luogo dal quale ricavare i criteri valutativi). A quel substrato credeva che si potesse attingere più facilmente attraverso gli schemi descrittivi creati sul terreno del diritto commerciale, evidentemente più "moderni" e distanti dalla pandettistica, di

---

vece nell'esperienza giuridica quest'unità, tutta e soltanto aprioristicamente supposta, non esiste, perché ciò che proprio caratterizza il concreto dell'esperienza è una pluralità di situazioni e di soluzioni — eterogenee nelle strutture, nelle ragioni e nelle finalità — la cui rilevanza nell'ordinamento e i cui regimi giuridici non sono riducibili ad un principio o concetto unico..".

([13]) Cfr. S. Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna,* Bologna 1971, II ed., 1977, p. 81. Sulla importanza delle ricerche di Orestano, v. anche p. 482. Questa antologia offre, come vedremo, una serie di esempi di linee innovative maturate a partire dal decennio postcostituzionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quanto non fossero le allora diffuse dottrine generali del diritto civile ([14]). Gli schemi riguardanti "L'ordinamento dell'impresa" venivano semplificati e sottoposti ad una nuova formalizzazione. Dunque, un apparato concettuale che si emancipava dalla tradizione romanistica. Ma si trattava pur sempre di categorie nate sul tronco del vecchio sistema sorrette dalla medisima logica astraente e generalizzante.

Quando si leggono invece le pagine di studiosi più giovani, da Rescigno a Rodotà, da Lipari a Ferri, a Barcellona, ci si accorge che la ricerca è andata oltre; che non è più questione di sistema. Anzi, questo primato delle astrazioni, che nel discorso giuridico si sostituiscono ai concreti enunciati normativi e fondano il carattere continuista della cultura giuridica — il tradizionalismo dei criteri d'interpretazione —, è il punto teorico che viene veramente messo in discussione. E alla fine non reggerà ([15]). Per alcuni la perdita di senso delle categorie pandettistiche significherà la scelta di un discorso realistico, capace di mettere a fuoco, con approcci disciplinari diversi, la discontinuità e la complessità del diritto contemporaneo. Sarà proprio Rodotà a sottolineare che in Italia la rottura delle sistema-

---

([14]) Cfr. R. Nicolò, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile,* in *Rivista di diritto commerciale,* 54, 1956. Bersaglio delle critiche finiva col diventare il diritto romano, nell'accezione più scolastica ed astraente. Già Orestano nella prima edizione della *Introduzione* (Torino 1953, p. 235) aveva sottolineato che l'indifferenza dei giuristi contemporanei verso gli sforzi dommatici dei romanisti era giusta. Essa condannava un tentativo di imitazione dei modi di procedere di (alcuni) giuristi sistematici, proprio mentre la scienza del presente cominciava a guardare altrove. Osservo in proposito che Nicolò, nella prolusione romana, cercava di far rientrare la figura dell'imprenditore in una teoria del soggetto più ricca e complessa rispetto al puro e tradizionale modello civilistico, costruendo uno *status,* nel quale l'atteggiamento soggettivo, l'interesse alla utilizzazione di un complesso di beni per finalità produttive ed i risultati concreti dell'esercizio della libertà si fondevano reciprocamente. Dallo *status* (che era insieme una condizione professionale e il perseguimento di una finalità mediante una serie di atti) si passava all'idea di un diritto soggettivo (il diritto di impresa) rassomigliante alla proprietà, ma non inquadrabile tra i diritti reali. Dunque l'autore puntava "ad elaborare, sul piano formale, questi nuovi dati dell'esperienza giuridica e ad inserirli nel quadro di una rigorosa indagine scientifica". Sottolineo l'uso del concetto di *esperienza giuridica,* che qui serve a segnalare la fattualità dei dati, nello stesso senso in cui lo usa Orestano. Gli spunti di antiformalismo dei quali parlavo si colgono essenzialmente in questa revisione concettuale, che diventa lavoro creativo.

([15]) Gli anni 50 come un periodo di "riacculturazione" della scienza civilistica: questo è il filo conduttore che emerge nella rievocazione di N. Irti, *Una generazione di giuristi,* Milano 1988. Ma gli effetti innovativi si avvertiranno solo più tardi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiche tradizionali è strettamente legata ai caratteri innovativi del dettato costituzionale e all'esplodere delle legislazioni speciali [16].

Altri — della stessa generazione — cercheranno di uscire dalla crisi irrimediabile dello stile pandettistico, con un ritorno alla scuola dell'esegesi e al positivismo legislativo, non solo sul piano metodologico ma anche su quello teorico e ideale [17]. Oppure verranno tentate nuove operazioni costruttive ed unificanti, proprio attorno al dettato costituzionale [18]. O si seguirà la via di ricerche concrete sull'efficacia degli enunciati normativi, nelle quali un peso crescente assume il punto di vista sociologico [19] o l'analisi economica, che misura l'impatto dei singoli assetti giuridici in termini di costi e benefici [20].

Io credo che questi indirizzi diversi nascano tutti dalla riflessione degli anni '50 (specie quella di fine decennio) e dalla coscienza che la tradizione pandettistica era ormai muta ed improduttiva, anzitutto nel campo che doveva esserle più proprio, cioè quello del dirit-

---

[16] Cfr. S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile,* Macerata 1967. Sulla ipotesi di una integrazione sociologica delle dottrine giuridiche lavora invece N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica,* in *Riv. dir. civ.,* 14, 1968, p. 297 ss. Cfr. *L'interpretazione giuridica,* in *Il diritto privato nella società moderna,* cit., p. 123 ss. Qui Lipari offre un quadro sintetico (ma è già un bilancio *ex post*) dei procedimenti che si oppongono al concettualismo giuridico (ed alle ermeneutiche logico-deduttive). V. in particolare "la posizione di chi tende ad assumere ad oggetto del ragionamento giuridico e quindi del processo interpretativo un complesso di fatti storici ovvero il contesto di una esperienza storico-sociale, che il giurista valuterebbe e considererebbe utilizzando la tecnica del ricorso alla 'natura dei fatti', alla 'istituzione', alla stessa regola di 'diritto' intesa però come fatto sociale contrapposto alle leggi, ovvero comunque un 'dato', precostituito alla legislazione, e che viene, di volta in volta, inteso come dato naturale o reale o istituzionale-storico". La visione storica dei fenomeni concettualizzati dal giurista mi pare ormai implicita; è tutt'uno con la considerazione sociologica.

[17] Mi pare questa la via scelta da Natalino Irti e rinvio ancora al volume *L'età della decodificazione*, cit. Cfr. anche dello stesso autore *Movimento e istituzioni (i testi unici nel diritto privato)*, in *Riv. soc.*, 1986.

[18] Cfr. N. Irti *Una generazione*, cit., p. 31 s.

[19] Elementi di teoria sociologica sono già in P. Barcellona, *L'educazione del giurista,* nel volume dallo stesso titolo (di autori vari), Bari 1973. Cfr. *Diritto privato e processo economico*, Napoli 1973. È ora da vedere, dello stesso autore, *I soggetti e le norme,* Milano 1985: qui il diritto privato è concepito come una forma antropologica, che astrae e divide la vita.

[20] Cfr. P. Trimarchi, *La responsabilità civile*, in *Il diritto privato nella società moderna*, cit., p. 463 ss.; ed ora, *L'analisi del diritto: Tendenze e prospettive,* in *Quadrimestre,* 1987, p. 563 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to privato: gli individui, l'appropriazione, lo scambio. Gli studi di Orestano hanno contribuito proprio a quella coscienza, a quella disincantata meditazione sulla fine del mondo teorico nato con il Pandektenrecht. Gli antichi modelli costruiti da Heise e da Savigny, da Puchta e da Windscheid, erano stati ripresi in Italia da molti epigoni, anche diversi tra loro, e con opzioni contrastanti (basta pensare alle ultime discussioni sul negozio giuridico, tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi), ma ora non servivano più. E l'indagine storica — così com'era negli scritti di Orestano — conduceva proprio a prendere le distanze dal passato.

2.- La citazione di Pietro De Francisci, che prima ho richiamato, ha una portata strategica nel discorso di Orestano. Spesso la ricordava. Ciò non è casuale, ma è il segno di un'affinità, di un'influenza che credo fosse profonda. Sul primo volume del manuale di De Francisci, Orestano aveva preparato l'esame universitario di Storia del diritto romano. Era un libro che conosceva bene. Proprio all'inizio, l'autore aveva posto un capitolo nel quale condensava la sua teoria dello studio storico, già espressa fondamentalmente in due saggi: uno del 1916, l'altro del '23 ([21]). Si tratta di formulazioni che ad un lettore giovane, all'inizio degli anni '30, quale era Orestano, dovevano sembrare insolite, e forse proprio per questo suggestive, non contagiate dal neoidealismo dominante, nè ancora dalla identificazione tra diritto e volontà statuale. Si affacciavano in quelle pagine voci ed orientamenti che saranno congeniali ad Orestano e riemergeranno più volte nelle sue ricerche. Le critiche di Jhering alla pandettistica; l'idea del diritto come organizzazione, tratta dalla sociologia giuridica di Ehrlich. Ed infine la tendenza a considerare il movimento della realtà (anche gli elementi nuovi che "non quadrano col sistema") come base e criterio di verifica delle nozioni giuridiche ([22]).

Orestano fu allievo — ed allievo devoto — di Salvatore Riccobono, uno dei grandi padri della romanistica italiana di questo secolo; eppure i suoi studi non furono mai limitati, fin dagli anni più giovani, entro un chiuso ed esclusivo rapporto con il maestro, con i suoi temi ed i suoi approdi. Allora le scuole avevano una struttura rigida.

([21]) P. De Francisci, *I presupposti teoretici e il metodo della storia giuridica,* in *Rivista italiana di sociologia,* 20, 1916, p. 46 ss.; Id., *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica,* in *Riv. Internaz. di Filosofia del dir.,* 3, 1923, p. 373 ss.

([22]) P. De Francisci, *Dogmatica e storia,* cit., p. 383 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma l'approfondimento delle opere di De Francisci e la consonanza con alcune sue impostazioni già si vedono nei primi scritti di Orestano degli anni '30. Rivelano curiosità intellettuale e vastità di interessi. La medesima curiosità, il gusto di scoprire punti di vista per lui nuovi lo porteranno all'amicizia con Giuseppe Capograssi e ad assumere aspetti non secondari del suo pensiero, del suo linguaggio. D'altra parte, egli fu un allievo per molti versi somigliante a Riccobono: per la passione che metteva nel dialogo scientifico e per lo spirito antisistematico. Diverso era invece lo stile di lavoro di un altro allievo, più anziano, come Lauro Chiazzese: era ordinato e costruttivo, ma meno originale (23).

Orestano aveva ascoltato casualmente, nel dicembre 1931 a Roma, la prolusione di Salvatore Riccobono. Era studente, aveva 22 anni, essendo nato a Palermo il 26 maggio 1909. Da quell'incontro nacque la scelta degli studi romanistici ed egli si laureò nel 1932, discutendo proprio con Riccobono una tesi sulla *cognitio extra ordinem.*

È un argomento che lo accompagnerà per tutta la vita. Più volte tornerà a studiare quel complesso eterogeneo di forme processuali che nascono e si consolidano durante il principato. Dirà nel 1980 che la categoria concettuale unitaria *cognitio extra ordinem* è una chimera. Le fonti conoscono *cognitiones extraordinariae, iudicia extraordinaria* e non la *cognitio*. Non c'è uno schema capace di riassumere regole e caratteri comuni (24).

In quella procedura di tipo autoritario, tra l'altro, le pronunce giudiziali dei magistrati diventavano appellabili. Il soccombente poteva impugnarle, rivolgendosi ad un'istanza gerarchica più elevata, mentre al vertice del nuovo sistema vi era l'autorità di fatto del *princeps*. Nel dopoguerra dedicherà a questa tematica un libro fondamentale, *L'appello civile in diritto romano*, pubblicato nel 1953 (25). La raccolta di appunti e schede relative a questo istituto cognitorio, così abbondantemente trattato nelle fonti, cominciò nel 1938. Ma nei suoi primi lavori, che uscirono intorno al 1937, il tema della

(23) Cfr. il necrologio che Orestano scrisse per Chiazzese, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris,* 23, 1957, p. 574 ss. (ora in *Diritto. Incontri e scontri,* cit., p. 675 ss.).

(24) R. Orestano, *La "cognitio extra ordinem": una chimera, in Studia et Documenta Historiae et Iuris,* 46, 1980, p. 236 ss. (ora in *Diritto. Incontri e scontri,* cit., p. 469 ss.).

(25) Come altri, anche questo corso era litografato dall'editore Giappichelli di Torino.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cognitio extra ordinem è connesso con quello della costituzione augustea [26].

Ho appena parlato di "autorità di fatto" del *princeps*. È lo schema concettuale che Orestano introduce in quegli anni. Parla anche di una "costituzionalità al seguito dei fatti" [27]. Le cariche ereditate dalla costituzione repubblicana, nell'uso che ne fanno Ottaviano ed i suoi successori, cambiano natura. Come si può spiegare il cambiamento? Soltanto guardando alla sfera della politica, individuando nel prestigio, nella forza di Augusto la fonte di una nuova organizzazione del potere. Anche qui è percepibile l'influsso di De Francisci.

Il merito di questo autore era di avere colto nel nuovo quadro istituzionale "un vero e proprio regime monarchico, innestato nelle istituzioni repubblicane formalmente conservate" [28]. Uno stato di cose ibrido, insomma. Così prendeva le distanze dalla costruzione mommseniana del *Römische Staatsrecht*, che invece aveva tentato di ricondurre le riforme istituzionali augustee ai principi del "diritto pubblico repubblicano". Ma la formula usata da De Francisci non può assumersi, secondo Orestano, come una definizione giuridica. Il potere del *princeps* non coincide col modello della monarchia, sia che si considerino le forme antiche di questo, sia che invece si muova da quelle moderne. Soprattutto — direi — le immagini che Augusto offrirà di se stesso, destinate a vivere nella memoria collettiva e ad influenzare i comportamenti pubblici dei suoi successori, restano lontane dall'idea monarchica come si prospettava ai suoi tempi.

È da sottolineare la mancanza in queste pagine di una considerazione analitica di categorie quali monarchia o repubblica. Comunque, secondo Orestano, le parole di De Francisci vanno prese con un certo margine di approssimazione. Segnalano un'analogia con il regime monarchico (inteso come affermazione di un potere persona-

---

[26] R. Orestano, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, I, Roma 1937; Id., *Gli editti imperiali (Contributo alla teoria della loro validità ed efficacia)*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 44, 1937. Prima di essi, tre scritti minori: *La valutazione del prezzo nel fedecommesso e nel legato di "res aliena" e nella "fideicommissaria libertas"*, in *Annali Univ. Camerino*, 10, 1936; *La durata della validità dei "privilegia" e dei "beneficia"*, in *Studi Riccobono*, III, Palermo 1936. Poi, *Augusto e la "cognitio extra ordinem"*, in *Studi economico-giuridici Cagliari*, 26, 1938.

[27] R. Orestano, *Il potere normativo*, cit., p. 29 ss.

[28] P. De Francisci, *La costituzione augustea*, in *Studi Bonfante*, I, p. 33. Cfr. R. Orestano, *Il potere normativo*, cit., p. 11 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le); ma avvertono che le vecchie istituzioni non hanno cessato formalmente di esistere. Descrivono una miscela di forme organizzative che si influenzano vicendevolmente. Colpisce il fatto che già in queste pagine Orestano, accogliendo l'impostazione di De Francisci ([29]), insista sulla inidoneità degli schemi dommatici (e a maggior ragione di quelli tratti dalle dottrine moderne) a rappresentare e comprendere le vicende dell'organizzazione politica e le forme che questa assume in un'epoca di mutamenti.

Al tempo stesso, si manifesta la convinzione che i mutamenti siano ineliminabili e continui nella sfera della politica. Nasce da qui una specie di scetticismo verso la fissità dei concetti che intendono rappresentare e delimitare le forme del potere: le regole del suo esercizio. È come dire che ogni definizione di un regime politico è illusoria, a meno che non si limiti alla sua costituzione scritta (e soltanto quando esista un simile documento normativo). "In genere il punto di maggior dissidio fra tutti coloro che si sono preoccupati di definire il principato augusteo è la ricerca di una formula giuridica che riesca ad inquadrare con la maggiore approssimazione possibile tutti gli elementi costituzionali del nuovo regime. Ancora repubblica o già monarchia? diarchia? trasformazione consuetudinaria? doppio principato? monarchia militare? ecc. Ora è questo che a me sembra impossibile: il rinvenimento di una formula giuridica siffatta, che tutto inquadri, spieghi, definisca, in quanto non è possibile fissare dommaticamente una realtà storica in movimento e in evoluzione. Forse in nessun momento è possibile fare questo, salvo che questa realtà storica non si autodefinisca mediante una carta costituzionale posta a priori" ([30]).

Tra i concetti che si ricavano dalle fonti, quello più aderente all'immagine dinamica di un potere di fatto in espansione è l'*auctoritas*. Su ciò egli si sofferma e sarà proprio De Francisci a sottolineare questo punto di arrivo dell'indagine, osservando una vera e propria coincidenza con i risultati di un importante studio di Von Premerstein, pubblicato nel 1937 ([31]). Ma la peculiarità del discorso

([29]) Mi riferisco agli scritti metodologici pubblicati tra il 1916 ed il 1923.

([30]) *Il potere normativo*, cit., p. 7.

([31]) A. Von Premerstein, *Vom Werden und Wesen des Prinzipats*, in *Abhandlungen der Bayer. Akad. der Wiss., Phil. -Histor. Abt.*, 15, München 1937. Cfr. P. De Francisci, *Genesi e struttura del principato augusteo*, in *Atti Accademia d'Italia, Memorie Classe Sc. mor. e stor.*, serie VII, II, fasc. 1, Roma 1941, spec. p. 89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di Orestano, anche rispetto a questo storico tedesco, del quale non conosceva le ricerche, sta nel porre in primo piano il carattere composito e sfuggente del regime nuovo fondato da Augusto. "Il principato — scrive — è una realtà storica *sui generis*; indefinita dagli stessi suoi protagonisti, indefinibile dagli storici moderni" ([32]). È qui anche il limite della sua rappresentazione, poiché approda, per riprendere un giudizio critico di Paolo Frezza, all'idea che "il principato è, come *unicum*, ineffabile".

Questa valutazione, singolarmente netta, può riferirsi ad un intero filone di studi: all'idea che il potere nuovo di Augusto (e forse ogni potere colto allo stato nascente) è necessariamente portato a trascendere tutte le forme entro le quali si determina, sfuggendo perciò alle qualificazioni tradizionali.

Frezza esprime una netta insofferenza verso l'affermazione di una indefinibilità giuridica del nuovo regime di Augusto, recensendo un libro che intorno alla metà degli anni 70 ripercorre lo schema di ragionamento proposto da Orestano quarant'anni prima ([33]). Non è forse questa rinuncia ai concetti, di fronte al divenire della politica, una sconfitta per il giurista e per lo storico? I fatti nuovi (una dopo l'altra, le innovazioni augustee e l'enunciazione di norme attraverso le *constitutiones*) non vengono ricondotti nella ricostruzione di Orestano ad un modello unitario. Manca la sintesi negli studi del '37. Non sembra pensabile una "forma di governo" augustea. Si affaccia piuttosto un atteggiamento simpatetico nei confronti del puro potere personale, che echeggia dottrine autoritarie (anche qui giocava l'esempio di De Francisci).

D'altra parte, fino a che punto la realtà storica può essere sistemata — senza travisarla e senza impedirne la comprensione — entro stampi che non le si adattano? In realtà, Orestano respinge qui le definizioni giuridiche, perché pensa che esse fingano una continuità o una staticità inesistente. Ma non descrive il movimento, i rapporti mutevoli fra il *princeps* e il contesto istituzionale. Piuttosto, si arresta all'idea politica di *auctoritas*, come base del potere normativo. Un'idea coeva agli svolgimenti storici da interpretare.

([32]) *Il potere normativo,* cit., p. 7.

([33]) La recensione si riferisce al libro di F. Guizzi, *Il principato tra "res publica" e potere assoluto,* Napoli 1974, ed è in *Studia et Documenta Historiae et Iuris,* 42, 1976, p. 557 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mi paiono acute le considerazioni di Frezza in proposito: utili a capire il senso di questa osservazione del principato, volutamente povera di concetti. La recensione, come ho detto, non si riferiva esplicitamente agli studi di Orestano; ma ricordo che egli la lesse con attenzione e ritenne quelle critiche dirette anche a se stesso. "La presentazione del principato come "*unicum*" si converte inevitabilmente nella identificazione del principato con il potere (o, che è lo stesso, con la persona, o, ancora, con il *carisma*) del principe". Intorno a questa soggettivazione si era variamente esercitata la letteratura tra le due guerre: "il principato, così concepito, non solo è ineffabile — conclude Frezza —, ma è qualcosa che ammette una descrizione storica di tutto ciò che si svolge intorno e fuori di lui, senza che questo qualcosa possa mai venire colto attraverso un passaggio dialettico che possa *interiorizzare* questo irrelato potere nella vicenda storica dello stato" ([34]).

Un impianto teorico assai trasparente è alla base di queste proposizioni critiche. Presuppone anzitutto la dualità potere-stato e considera i due termini come due cerchi concentrici (il secondo necessariamente comprensivo del primo), almeno se si rimane all'interno del discorso giuridico. Così, una storiografia del potere che non concettualizzi le forme della interiorizzazione di questo nell'ordine statuale (e quindi non faccia i conti con tutto ciò che preesiste al manifestarsi del singolo, nuovo potere) non è storiografia giuridica.

La scelta di Orestano va in senso opposto. Egli non ricostruisce i nessi di derivazione che collegano il potere augusteo alle forme tradizionali. Richiama invece l'attenzione sulle novità, con tutto il rischio di limitarsi a registrare i fatti, senza trascendere in una visione complessiva le categorie e le terminologie che si ricavano dalle fonti.

3.- Il *cursus* accademico imponeva ricerche non concentrate su un solo settore di interessi. Ai temi pubblicistici dovevano intrecciarsi quelli di diritto privato e poi lo studio del processo. Tra la fine degli anni 30 e l'inizio dei 40, Orestano pubblicò lavori che toccavano questi vari argomenti. Ho già citato i contributi sul diritto pubblico e sui processi cognitori. Attese poi alla traduzione delle *Istituzioni di procedura civile romana* di Leopold Wenger, che do-

---

([34]) P. FREZZA, *op. cit.*, p. 558.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vevano dargli una guida e spunti fecondi ([35]). Assimilò allora l'impostazione wlassakiana relativa alla procedura *per formulas*. In campo privatistico, un ampio saggio dal titolo *"Ius singulare" e "privilegium" nel diritto romano. Contributo storico-dommatico* (1937) fu ospitato negli Annali dell'Università di Macerata, grazie all'interessamento di Capograssi, che allora era rettore di quell'ateneo. Videro poi la luce *Dal "ius" al "fas"* (1939); *Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma* (1941) ([36]).

Dedicava già in questi studi una particolare attenzione alla storia delle idee giuridiche. C'è qualcosa in comune nelle nozioni di *ius divinum* e *ius humanum*, come nelle antiche qualificazioni di ordine religioso, accolte e adattate dai giuristi. Si tratta di segmenti teorici e schemi che rimandano a concezioni del diritto. Si intendono alla luce di esse.

La lontananza dalle concezioni moderne è più evidente se si risale al primo periodo di vita della *civitas*. Il ricordo dell'età regia è tutto permeato dalla presenza divina. Anche i princìpi dell'organizzazione sociale sembrano corrispondere ad una volontà degli dei. Il che implica sanzioni religiose per la violazione di quei princìpi. D'altra parte, le più antiche qualificazioni di liceità dei comportamenti (*fast est - ius est*) hanno un comune carattere religioso. Non nel senso in cui potremmo noi intenderlo: le qualificazioni non appartengono ad una sfera di valori distinta dall'organizzazione politica e giuridica. Il contesto è lo stesso. C'è un ampio uso dell'analisi etimologica per ricondurre concetti elementari, come *fas, ius, fatum, iubere,* ad una indistinzione di valori, che sottintende poi la mescolanza di poteri civili e religiosi.

Ma questa situazione storica non viene soltanto colta nella sua singolarità. Orestano la riconduce ad un problema più generale: una domanda che ha natura teorica. Oltre le norme, in quali forme il pensiero giuridico e la stessa coscienza comune concepiscono l'esistenza di un elemento divino nel diritto o — per dirla in forma meno impegnativa — di un fondamento ideale? L'indagine, che era nata intorno al tema della *summa divisio rerum* di Gaio e si era concentrata sulla dicotomia *ius divinum — ius humanum*, allarga notevolmente i

([35]) Il volume fu pubblicato in Italia nel 1938.

([36]) Il primo, pubblicato nel *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano;* il secondo, nella *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suoi confini ([37]). Diventa una ricerca sulle immagini ideali operanti nel pensiero giuridico romano e che trascendono il suo noto, scontato realismo. Muovendo da questo punto di osservazione, è possibile comparare le visioni arcaiche, nelle quali hanno un significato religioso i valori stessi che ispirano i comandi, le sanzioni, l'ordine della comunità, con le visioni giustinianee, ove è dominante l'immagine del *deus auctor*. Ed è possibile definire le une e le altre, sia pure in senso profondamente diverso, come concezioni teocratiche del diritto. Mentre, durante l'età classica, i giuristi avrebbero piuttosto in mente la *natura*, concepita per lo più alla maniera stoica (e le nozioni che vi sono collegate), come fondamento ideale del diritto.

Dal 1932 al 1937, Orestano era stato assistente a Roma. Dal '35 al '37 era stato anche professore incaricato nella Università di Camerino. Nel 1937 fu giovanissimo vincitore di concorso, dopo una controversia all'interno della commissione, nella quale si riflettevano conflitti di scuole e di metodi, che dividevano in quegli anni la romanistica italiana. Una relazione di minoranza, a lui avversa, lo aveva molto amareggiato. Dal 1937 al 1939, fu professore straordinario di Istituzioni di diritto romano nell'Università di Cagliari. Trasferitosi a Siena nel '39, fu preside della Facoltà giuridica senese nel '40, e poi richiamato in guerra.

Aveva pubblicato, tra il 1940 e il 1941, le prime due puntate di un'ampia indagine sulla struttura giuridica del matrimonio romano ([38]). Al centro di questa vi era un ripensamento e — alla fine — una critica puntuale delle dottrine che assimilavano il *matrimonium* alla *possessio*.

Orestano fu catturato dai tedeschi nel novembre 1943. Fu deportato in Germania. Rifiutò di aderire alla repubblica di Salò. Partecipò all'attività di resistenza nei campi di concentramento tedeschi. Una esperienza tragica. La ricorderà per tutta la vita come se essa continuasse ad avere una dimensione di attualità: come un pericolo insomma. Inventariato con un numero, su un piastrino metallico. Me lo mostrò una volta: lo conservava in un cassetto, nel suo studio, a portata di mano.

Non solo con le leggi razziali e negli anni successivi egli — come

([37]) Cfr. su ciò *Diritto. Incontri e scontri*, cit., p. 459.

([38]) La prima puntata era in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 47, 1940; la seconda nel volume successivo, 47, 1941. La terza doveva uscire dieci anni dopo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

molti altri giovani cresciuti nel fascismo ed influenzati dalla cultura dominante — aveva aperto gli occhi su quel regime; ma ora, con la deportazione e con i suoi orrori, il dramma diventava più radicale, il rifiuto del totalitarismo (di ogni totalitarismo) più profondo, persino difficile a dirsi. Con quei due anni di campo di concentramento e di resistenza contro il nazismo, pensava di avere dato una testimonianza, di avere agito responsabilmente. Ed inoltre, di avere fatto i conti con il passato, superando dentro di sé le proprie convinzioni giovanili, scoprendone il vuoto. Il giurista davanti a se stesso e il criterio della responsabilità. Molte volte lo abbiamo sentito coniugare questi due termini, sui quali aveva meditato a lungo e in solitudine.

Dopo gli anni della violenza e dell'umiliazione, nulla avrebbe dovuto rimanere uguale. Almeno, questa era stata la sua aspirazione. Pensava che non fosse giusto dimenticare. Fu perciò tra i fondatori dell'Associazione nazionale ex internati in Germania, della quale ha continuato ad essere, fino alla morte, il Presidente onorario. Ed era per lui il protrarsi di un antico, serio impegno.

4.- Prima della guerra, tra i romanisti della stessa generazione di Orestano, l'interesse per il pensiero giuridico contemporaneo, per le categorie con le quali questo cercava di descrivere i mutamenti profondi dello stato e delle regole, era molto basso. In alcuni dei suoi coetanei (o vicini negli anni) poteva avvertirsi l'influsso del pensiero liberale. Odoardo Carrelli e Giovanni Pugliese si accostavano alla filosofia di Croce, seguendo lo stesso filo che era già stato di Arangio-Ruiz e di Lauria. L'attenzione che questi maestri — come ancora di più e prima di loro De Francisci e Betti — rivolgevano alla teoria era assai spiccata. Nell'ambiente romano, invece, ove campeggiava il duello tra Riccobono ed Albertario, l'interesse per le questioni teoriche, tali da trascendere la concreta ricerca sulle fonti, mancava del tutto. C'era sicuramente, al fondo, una immagine generale del diritto ereditata dalla romanistica tedesca, ma non dichiarata e quasi sommersa. L'idea pandettistica di sistema era in qualche modo presupposta dagli uni e dagli altri, anche se in Albertario era più rigida la sicurezza di poter ridurre un'intera storia plurisecolare al confronto fra due sistemi (giustinianeo e classico).

La scuola di Riccobono seguiva la via tracciata dalle dottrine savigniane. All'insegnamento di Savigny si ispira l'idea, che affiora più volte nella esegesi testuale — di un'evoluzione lineare, organica del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto (la continuità fra repubblica ed impero, tra giurisprudenza e compilazione di Giustiniano). Dalla stessa matrice proviene anche un'altra immagine ricorrente: quella della storia giuridica come processo di unificazione guidato dalla scienza. Tra *ius civile* e *ius praetorium* vi era, secondo Riccobono, un processo di fusione. La giurisprudenza lo anticipa con le sue sintesi teoriche ([39]). Egli credeva che anche gli sviluppi più tardi dipendessero in qualche modo dall'opera dei giuristi. Gli stessi funzionari di Giustiniano avevano accolto nella loro codificazione i risultati di un lungo lavoro scientifico e l'espressione di "mutamenti che si erano prodotti da se stessi, senza l'opera di un legislatore". Non scorgiamo qui un riflesso delle critiche di Savigny al primato della legge? Non c'è la stessa svalutazione del carattere innovativo che può avere un codice?

Orestano era partecipe di queste categorie, trasmesse senza una consapevolezza esplicita della loro origine e quindi povere di problematicità. Tuttavia non ne fu mai dominato. Studiò anzi e rappresentò il regime augusteo in termini di discontinuità: il risultato di una lacerazione politica. Indefinibile, come si è visto, proprio perché inedito. Non si può dire comunque che prima della guerra egli abbia davvero e approfonditamente trattato problemi di analisi e di valutazione degli schemi euristici da impiegare, nè di quelli già noti alla sua tradizione di studi. Non vi era ancora in lui alcuno sforzo di storicizzare il proprio pensiero, i concetti ai quali veniva riconducendo il dettato delle fonti antiche.

Invece, negli anni successivi alla prigionia e al ritorno, il suo modo di studiare, le sue ricerche cambiarono profondamente. Accanto al lavoro storiografico divenne più forte e penetrante l'impegno teorico. Forse vi era in questo un dialogo sotterraneo, condotto ormai

([39]) Mi riferisco in particolare allo scritto di S. RICCOBONO, *La fusione del "ius civile" e del "ius praetorium" in un unico ordinamento,* in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie,* 1922, XVI, p. 503 ss. Un altro tentativo di sintesi teorica è in *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano,* in *Mélanges de droit romain dédiés a G. Cornil,* Gand-Paris 1926, p. 237 ss. È infine da vedere *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano. Compendio dei corsi di storia e d'esegesi del diritto romano*[2], Milano 1949. Ma al di là delle formulazioni di sintesi, quel che conta di più in Riccobono sono le indagini concrete, le esegesi testuali, la rivalutazione di molte fonti, che l'interpolazionismo più radicale aveva vivisezionato e reso irrecuperabili per una ricostruzione del diritto dell'età classica. A tutta questa problematica ed agli insegnamenti di Riccobono, il più delle volte non sistemati compiutamente, ma desumibili *per exempla*, ho dedicato alcune pagine, in *Storiografia e critica*, cit., p. 336 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soltanto attraverso la lettura e il ricordo, con il padre Francesco, morto nel '45, che era filosofo (con interessi e tratti riconducibili ad un'ispirazione neokantiana) e che aveva guidato i suoi studi liceali. Dal padre dichiarava di aver appreso una lezione: che nel lavoro scientifico i concetti non devono allontanarsi dalla loro funzione strumentale e che sempre, quando vengono a formarsi, c'è in essi un elemento di scelta fra tutto ciò che il soggetto percepisce. Ma fu determinante la consuetudine di incontri e di conversazioni con Giuseppe Capograssi, che dopo la guerra era ripresa più intensa. Basta leggere le *Ventotto pagine necessarie*, una introduzione al libro del 1951 su *La struttura giuridica del matrimonio romano*, per vedere come l'influenza di Capograssi fosse andata avanti, mettendo radici nel pensiero di Orestano ed orientandone il linguaggio ([40]).

Non deve ingannare la forma dimessa e sintetica della trattazione. Essa delinea *in nuce* una vera e propria (esplicita) teoria generale del diritto, andando al di là dell'occasione, rappresentata da un lavoro romanistico e dalle questioni che aveva fatto sorgere nella mente dell'autore. Prendiamo ad esempio la osmosi tra i lineamenti giuridici del matrimonio romano e la tradizione cristiana. Come descrivere questo rapporto, che nella realtà concreta è inscindibile? C'è bisogno di un mutamento di categorie; il che significa un salto ed un'opposizione concettuale: passare dall'*istituto* (parola ricorrente nel linguaggio pandettistico) all'*istituzione*.

Il secondo dei due termini supera la scoperta e la combinazione di principi e regole: insomma va oltre il piano delle forme. Non indica soltanto un'opera mentale dei giuristi che sono contemporanei alla realtà narrata. "Istituzione" vuole piuttosto individuare quella realtà, "nella sua consistenza umana e sociale" ([41]). Per avvicinarsi ad essa bisogna riconoscere che ogni nostro atteggiamento davanti alle testimonianze del passato è condizionato da una lunga catena interpretativa. Liberarsi di questa, acquistandone la coscienza, è un passo essenziale. Subito dopo, si deve uscire dal chiuso delle fonti giuridiche, tradizionalmente intese e ordinate lungo due grandi linee di composizione: il diritto giustinianeo e quello classico.

([40]) La terza puntata dell'indagine sul matrimonio romano esce nel *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 57, 1951. Contemporaneamente vede la luce il volume che raccoglie l'intera ricerca. Le *Ventotto pagine necessarie* sono ripubblicate in *Diritto, Incontri e scontri*, cit., p. 115 ss. (da qui le mie citazioni).

([41]) R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 122.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Emilio Albertario aveva portato a conseguenze estreme questa chiusura. Il suo stile rimane sempre per Orestano un sottinteso punto di riferimento negativo. Il romanista deve invece ricollocare i materiali che gli sono pervenuti, anzitutto quelli del *Corpus Iuris*, nei contesti e nei momenti più circoscritti da cui hanno avuto origine. Nella prospettiva di un'indagine frammentata e puntiforme (il qui ed ora del divenire storico), saltano molti schemi unificanti: anzitutto la nozione di diritto classico. Inoltre, bisogna connettere più immediatamente i testi attraverso i quali si trasmettono nel tempo enunciati di tipo normativo, con quelli che non adempiono alla medesima funzione, ma rappresentano comportamenti e idee comunque rilevanti per il mondo del diritto.

Si esce così dall'orizzonte delle norme e degli istituti: "quando le fonti non giuridiche ci forniscono un qualsivoglia dato attendibile della realtà di fatto, questo può e deve esser chiamato legittimamente a concorrere, con i dati delle fonti giuridiche, alla conoscenza della realtà storica che s'intende studiare, anche se non contiene propriamente elementi normativi" ([42]). Questa definizione in negativo può comprendere le testimonianze più varie: un'orazione, che interviene nelle vicende di un processo; un brano letterario o poetico, una narrazione storica; gli *exempla* raccolti da Valerio Massimo o da Aulo Gellio; un documento della prassi, nel quale viene riversata la conclusione di un contratto o la formula di un compromesso. Pensiamo un attimo: che cosa hanno in comune? Io direi soprattutto un elemento teorico. Possono infatti diventare la materia prima di una visione antiformalistica del diritto. Il discorso sulle fonti verrà svolto e riproposto da Orestano in altri scritti, degli anni successivi. L'analisi diventerà più puntuale, ma il suo interesse dominante non sarà mai quello di catalogare generi diversi di testimonianze. Piuttosto, cercherà di mostrare che la nozione di "fonti giuridiche", così separata, è un artificio.

Questa critica investe, a ben guardare, l'autonomia della funzione normativa, sia come oggetto di concettualizzazione nel passato (ma è difficile trovare in altre epoche una dottrina rigorosa dell'autonomia del giuridico, come nell'ottocento e nel nostro secolo), sia quando delimita oggi l'osservazione del giurista. Il concetto di istituzione, nell'uso che Orestano ne faceva allora, proveniva essenzial-

([42]) *Op. cit.*, p. 137.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente da Capograssi. Alludeva ad un insieme indistinto di valori e situazioni, oltre il dato-norma. Era un concetto non puntuale sotto il profilo analitico, volto ad evocare piuttosto che a descrivere. Già usato in vari significati da giuristi italiani di questo secolo (tra i quali spicca Santi Romano), per designare l'oggetto del loro studio, aveva comunque il senso di un superamento delle visioni normativistiche.

"Le teoriche dell'ordinamento giuridico e della istituzione — aveva scritto Capograssi —nate esclusivamente dall'interno della scienza, hanno portato questo fondamentale allargamento al concetto del diritto come legge: che hanno considerata la legge non più come un dover essere generale, ma come una realtà la quale si origina e si realizza in quanto riesce a organizzarsi in un vero ordinamento" ([43]). Sono spunti che Orestano leggeva in una singolare continuità con le vedute positivistiche degli inizi del secolo, riscoprendo un filone organicistico al quale lo stesso Santi Romano non era stato estraneo. A questo proposito citava un passo di Icilio Vanni, ricordando la raffigurazione del sistema sociale come unità concreta e totalità. Né va dimenticata la convergenza di quelle dottrine con le idee di evoluzione e di spirito del popolo derivate da Savigny ([44]).

È evidente lo scarto tra gli schemi teorici che abbiamo finora ripercorso (la strategia di avvicinamento al fenomeno giuridico da essi tracciata) e l'indagine romanistica sul matrimonio, alla quale si riferivano queste pagine. Esse non descrivono strumenti euristici già adoperati dall'autore nel lavoro storiografico. Qui la riflessione teorica non è un approdo, ma una pagina nuova che si apre. Disegna un progetto di studio delle fonti, in gran parte ancora da sperimentare e accanto ad esso un'immagine del diritto come insieme di fatti. L'insistenza sulla nozione di realtà, l'uso frequente del termine "concreto", il richiamo ad una visione di sintesi dei concetti e della materia empirica da cui questi sono tratti, non sono che traduzioni discorsive di quella immagine. Il dover essere che le norme enunciano appare come il prodotto di un'opera di astrazione e di generalizzazione. Deriva dall'attività dichiarativa della scienza. È quest'ul-

([43]) G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), ora in *Opere,* II, Milano 1966. (Questo libro era stato già ripubblicato da Giuffrè nella collana "civiltà del diritto", di cui rappresenta il primo titolo, nel 1962, con una introduzione di P. Piovani: qui il brano citato è a pag. 9).

([44]) Su questa affinità si sofferma qualche anno dopo, esaminando la genesi di tendenze sociologiche nella romanistica italiana. V. più avanti, nt. 65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tima del resto che costruisce la fattispecie, che sottopone i rapporti concreti ad una disciplina, che elabora gli istituti giuridici. Ma la ricerca può e deve andare oltre lo schermo delle astrazioni. Che cosa si intende quando l'attività della scienza viene definita dichiarativa? Che essa comunque lavora su un materiale già ordinato; partecipa di un ordine scaturente dalla vita stessa; lo influenza, lo guida, ma non l'inventa dal nulla. Fra la vita e gli istituti vi è un *continuum*, che lo storico cerca di cogliere; e forse non può illudersi di riuscire del tutto a reintegrarlo.

5.- Alle *Ventotto pagine necessarie* erano strettamente legati, sia per il concepimento (nel 1950) sia per la comunanza di temi, altri due scritti. Il primo (*Il diritto romano nella scienza del diritto*) era la prolusione letta, con chiaro intento programmatico, nell'Università di Genova il 16 dicembre 1950. Il secondo (*Diritto romano, tradizione romanistica e studio storico del diritto*) approfondiva alcuni temi della prolusione e fu pubblicato poco tempo dopo nella Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche ([45]). Due anni più tardi, nel dicembre del 1952, in una relazione presso il Centro di Studi metodologici di Torino ([46]), Orestano sviluppò un aspetto particolarmente significativo, già presente negli scritti ora citati. Si trattava del nesso fra metodologia e concezione del diritto, fra la "sintassi giuridica" e il suo fondamento, che è sempre visto come relativo, fatto di idee anche confliggenti, di scelte. In breve, vi era qui lo svolgimento di una visione pluralistica, già accennata negli anni precedenti.

Il contenuto di questi lavori ruota intorno a tre questioni centrali. Anzitutto, la distinzione fra diritto romano e tradizione romanistica, con le varie linee d'indagine che da essa scaturiscono. In secondo luogo, il rapporto fra categorie dommatiche moderne e studio del diritto romano. Era il problema discusso nei saggi metodologici di De Francisci e Betti e variamente ripreso (ma con minore originalità) anche da altri autori. In terzo luogo, il contributo specifico che lo studio storico può dare alla scienza del diritto.

([45]) Era il primo numero di una nuova serie della rivista, curata da Francesco Calasso. Questo scritto (*Diritto romano, tradizione romanistica e st. storico del dir.*) non è stato ripubblicato, mentre il primo (*Il diritto romano nella sc. del dir.*) è ora in *Diritto. Incontri e scontri*, cit., p. 67 ss., (da qui cito).

([46]) Cfr. R. Orestano, *Diritto romano, tradizione romanistica*, cit., in *RISG*, 1950, p. 244 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il concetto di tradizione romanistica comprende le culture giuridiche dell'Europa continentale che hanno assunto il diritto romano come oggetto di studio e di attualizzazione ([46]). Stando all'analisi di Orestano, esse sono tutte segnate da una consapevolezza più o meno sviluppata (pochissimo nell'epoca medievale, poi sempre di più) della propria distanza dalle antiche *leges* ([47]). Il materiale normativo

([47]) Cfr. R. ORESTANO, *Diritto romano, tradizione romanistica,* cit., p. 245: "A questa nozione astratta potremmo dare in via convenzionale il nome di *tradizione romanistica,* che mi sembra, fra tutti quelli che si usano, meglio idoneo ad esprimere il collegarsi di queste esperienze particolari all'esperienza romana racchiusa nel *Corpus Iuris*, ma al tempo stesso ad affermare altresì che non si tratta di quella medesima esperienza, bensì di esperienze successive e nuove...". Più avanti sosteneva la necessità di una "demarcazione", scartando le immagini di una indistina "vita" del diritto romano, protratta fino all'età moderna. In quelle vedute continuistiche vi era una storia senza storia: uno svolgimento lineare e del tutto fittizio. Sembrano, a rievocarle adesso, immagini irreali ed improponibili. Ma l'idea di una vocazione delle costruzioni dei giuristi romani a superare il proprio tempo, per porsi come categorie pure, autonome dal contesto sociale e fungibili per gli usi storici più diversi, era radicata nella romanistica della prima metà del secolo. Non aveva scritto forse Schulz che nell'opera del giurista Quinto Mucio doveva cercarsi l'origine della "giurisprudenza europea"? Di più, egli aveva affermato che le costruzioni moderne nascono in effetti dai Glossatori e si fondano proprio sui modelli classici. Cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (1953), tr. it. di G. Nocera, Firenze 1968, p. 172 e p. 182 s.: "La giurisprudenza moderna, a datare da Irnerio, non ebbe altra scelta che adottare come "classici" i giuristi del Principato, dacché i loro precursori repubblicani non avevano lasciato documenti". Ma le basi sono, a suo avviso, nella *iuris prudentia* tardo-repubblicana. "Che la scuola bolognese sia nata dalla riscoperta del Digesto e che d'allora in poi i giuristi del Digesto siano stati accettati come modelli e seguiti come tali possono darsi come fatti ammessi. Ciò significa che l'ispirazione della giurisprudenza moderna viene dalla giurisprudenza classica. La così detta recezione del diritto romano fu in fondo una recezione della giurisprudenza e fu la sola completa e durevole recezione".

Il giudizio di Schulz era intimamente legato ad una interpretazione assai unilaterale del metodo dei giuristi romani. Isolamento ed impersonalità dei prodotti giurisprudenziali: fra queste due nozioni c'è un nesso teorico molto stretto.

Del resto, fino agli anni 60, ha continuato a riproporsi nelle trattazioni romanistiche, come se nulla fosse, una lettura della tradizione europeo-continentale, che lega i concetti fondamentali del diritto privato moderno al diritto romano, in una specie di fissità non discutibile: quali schemi già compiuti o per lo meno impliciti nel lavoro dei giuristi antichi. Come avrebbero potuto essere costruite infatti le astrazioni moderne, partendo dalle fonti romane, se la struttura ideale di queste non avesse in qualche modo legittimato una simile continuità? Questa è la domanda che affiora più volte. E non ci si rende conto che proprio la continuità è una qualificazione ideologica, soltanto presupposta.

A questo proposito, formulazioni che sfiorano il paradosso, per il loro continuismo,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

usato per l'interpretazione e la *dispositio*, fino alle sistematiche moderne, appartiene al passato. C'è sempre perciò una tensione nella scienza giuridica che muove dal *Corpus iuris*. Non è possibile, in nessun momento, che essa si fermi soltanto a riproporre i testi normativi del passato. Il suo lavoro consiste sempre nell'aggiungere qualcosa. Nascono da questa necessità di creare un diritto nuovo, adeguato a ciascuna esperienza, come Orestano metterà in luce, le grandi cesure della tradizione romanistica; a cominciare da quella rappresentata dall'Umanesimo, di cui proprio alla fine degli anni '40, allontanandosi da alcune valutazioni riduttive di Riccobono, egli andava scoprendo il valore e le novità teoriche ([48]).

Sui rapporti fra studio del diritto romano e dommatica, nessuno degli orientamenti fondamentali emersi nel dibattito italiano poteva dirsi soddisfacente per Orestano. Certo, non era possibile — su questo Betti aveva ragione — fare *tabula rasa* della mentalità del soggetto conoscente (lo storico del diritto, che vuole parlare ai giuristi) ([49]). Il dato storico e le sue relative concettualizzazioni non si potevano esprimere se non collocandosi in un punto di osservazione esterno

---

si possono leggere ancora in G. SCHERILLO, *Il concetto di diritti reali. Considerazioni storico-dommatiche,* in *Studi Betti,* IV, Milano 1962, p. 79 ss.: "Poco importa che la distinzione tra diritti reali ed obbligazioni non sia stata elaborata dai Romani: bisogna ugualmente usare degli strumenti logici e giungere a quelle generalizzazioni che sono possibili e legittimate dalla elaborazione, sia pure frammentaria ed analitica, che già i giuristi classici ci hanno lasciato; in quanto proprio da questo materiale delle fonti romane gli interpreti posteriori hanno ricavato quei princìpi e quei criteri generali di distinzione che si sono poi sviluppati sino a noi nella dogmatica moderna. Per conto nostro, è un grave errore ritenere che la "dogmatica odierna" sia qualche cosa di estraneo e di avulso dalla dogmatica dei giuristi romani, così come del resto è un grave errore separare con un taglio netto il diritto romano e il diritto attuale. Dai classici a Giustiniano, da Giustiniano ad Irnerio, da Irnerio a noi, non vi sono soluzioni di continuità".

([48]) Già nel 1948 Orestano aveva tenuto a Genova una conferenza sull'*Antitriboniano* di François Hotman. È da vedere in proposito *Diritto romano, tradizione romanistica,* cit. (1950). E poi, nell'*Introduzione* si soffermerà a lungo su questi temi, sottolineando le tendenze critico-demolitorie e storicizzanti della scuolta culta, ma anche la ricerca di nuove sistematiche; con nuovi valori (le *personae* della sistematica gaiana, che diventano progressivamente centri di volontà e di libertà) e con una pretesa di esclusività (gli schemi fondati sull'ordine naturale delle cose in Donello e in Jean Domat).

Le notazioni di S. RICCOBONO, *"Mos italicus" e "mos gallicus" nella interpretazione del "Corpus Iuris Civilis",* in *Acta congressus Iuridici Internationalis* (1934), II, Roma 1935, p. 379 ss., erano molto lontane da questi problemi.

([49]) R. ORESTANO, *Il diritto romano nella scienza del dir.,* cit., p. 98.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'oggetto. Né bastava limitarsi a ricostruire le categorie di cui si servivano i giuristi romani, per rappresentarne l'esperienza. Esse non potevano venire passivamente recepite. "Se si dovesse far consistere in ciò il loro studio, l'ideale sarebbe — al limite — la loro "riproduzione" integrale, letterale. Con il che verremmo ogni volta a trovarci al punto di partenza, chiusi in un circolo vizioso dal quale non potremmo uscire..." ([50]). Dunque il linguaggio, gli schemi, ai quali ricorriamo sono inevitabilmente *propri* del nostro presente. Ma l'indirizzo dommatico non si limitava a rivendicare alla conoscenza storica il carattere di "elaborazione ricostruttiva", come diceva Betti. Un aspetto ugualmente importante e simultaneo al primo era la "assimilazione congeniale", per usare un'altra formula bettiana. Vi era infine in quel programma metodologico il momento della "valutazione critica", che aveva però un impatto più limitato, almeno per quanto riguarda la possibile messa in discussione della dommatica ([51]). Questa in effetti si imponeva, come un impianto concettuale dotato, secondo Betti, di una propria forza sovrastorica, capace di trovare rispondenze profonde in ogni ordinamento giuridico della tradizione europea. "Non era soltanto — osservava Orestano — una nostra concettualizzazione dei dati". Implicava l'adozione (il consolidarsi anche nel lavoro degli storici) degli schemi "in cui siamo usi sistemare i dati del nostro presente" ([52]). Era una conferma, non una relativizzazione delle abitudini mentali dominanti: i concetti "che per molti sono ancora, almeno in gran parte, quelli prodotti dalla pandettistica".

Il distacco di Orestano dall'indirizzo dommatico è su questo punto chiarissimo. La conoscenza storica rivendica il diritto ad una

([50]) R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 99.

([51]) Rimando ad alcune brevi note su questo punto, nella mia voce *Betti Emilio*, in *Dizionario biografico degli Italiani*. L'intera questione, il dibattito De Francisci-Betti, con tutte le sue diramazioni, e i motivi teorici nuovi introdotti da Orestano soprattutto nel saggio *Il diritto romano nella scienza del diritto* (che è poi la prolusione genovese) sono al centro di un ampio studio di P. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7, 1978, p. 311 ss. Costa si sofferma sul punto di vista "operazionale", sull'intento descrittivo (e quindi sulla disposizione pluralistica) di Orestano nel costruire il rapporto fra teoria e rappresentazione storica. In questo quadro la nozione di esperienza giuridica è vista un po' come una nozione a contenuti variabili. Comprende volta a volta strutture in movimento. Su ciò v. lo scritto di S. RODOTÀ, che ho già citato alla nt. 8.

([52]) R. ORESTANO, *Il dir. romano nella sc. del dir.*, cit., p. 102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

produzione concettuale autonoma: "solo una visione semplicistica può far ritenere che per essere una "nostra" sistemazione debba necessariamente essere la stessa (e soltanto quella) in cui veniamo elaborando l'esperienza del nostro presente" ([53]). Perciò egli respingeva il criterio ideale monistico, che era ben fermo nel pensiero di Betti, quando immaginava una funzione ordinante ed esclusiva della dommatica. Anche nel presente — concludeva Orestano — le sistematiche che i giuristi usano possono essere più di una. Questo pluralismo diventa più esplicito, radicalmente estraneo all'ontologia bettiana, quando gli schemi si concepiscono come strutture logiche convenzionali, mutevoli, correlate al dato da descrivere ed agli atteggiamenti del soggetto che li costruisce e li impiega. L'adozione di un punto di vista piuttosto che di un altro è libera e comporta una responsabilità. Alla fine è determinante la concezione del diritto che si assume; e la varietà degli schemi che si propongono e si affermano, nel presente come in ogni epoca, dipende dal confronto e dalla competizione delle idee più generali.

La nozione di esperienza giuridica è adatta a comprendere le idee anche in contrasto fra loro e l'insieme dei singoli aspetti fenomenici che di volta in volta esse privilegiano. È "la più fruttuosa delle impostazioni che si possa oggi dare ai problemi del diritto e della sua scienza, anche per quanto concerne l'*historia iuris*, in quanto non solo costituisce nel presente il terreno d'incontro teorico in cui si può convenire da molteplici direzioni, col minimo di rinunce e concessioni, ma è pur l'unico modo che abbiamo di considerare il diritto, il quale non porti ad alcuna negazione, esclusione, amputazione..."([54]).

Invano cercheremmo una definizione compiuta di esperienza giuridica. Si intende con questa espressione ora un insieme spazio-temporale colto nella sua oggettività, ora il modo in cui viene vissuto dal soggetto; ma sempre i suoi confini sono sfumati: "Sia questa il fatto, la situazione, il rapporto, la norma, il giudicato, l'elaborazione dottrinaria, tutti elementi di un'esperienza volta a volta unitaria che tutti li comprende e tutti li trascende, consentendo e imponendo di attingere il diritto attraverso la vita e la vita attraverso il diritto" ([55]).

([53]) *Op. cit.*, p. 103.

([54]) R. Orestano, *Diritto romano, tradizione romanistica,* cit., p.224.

([55]) R. Orestano, *Il dir. romano nella sc. del dir.,* cit., p. 110.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si tratta di formulazioni che evocano un divenire: un porsi continuo di relazioni tra presente e passato. Rivivere queste relazioni interpretando fonti diverse, significa anche sperimentare la flessibilità e la relatività di ogni schema. Dunque, lo studio storico del diritto dà così il proprio peculiare contributo: porta dentro la scienza questa molteplicità di fenomeni e di idee. La fa pesare, squilibrando la linearità e l'esclusivismo che si volevano propri dei concetti tradizionali, e in special modo di quelli pandettistici.

6.- Dai lavori concepiti tra il 1950 ed il 1952, che abbiamo ora esaminato, doveva scaturire l'originario nucleo di pensiero della *Introduzione allo studio storico del diritto romano*. La prima edizione (quasi 400 pagine) uscì nel 1953, sotto forma di corso litografato. La parte generale, ricalcata in larghissima misura su quegli scritti dei primi anni '50, era seguita da una trattazione speciale: *Su talune concezioni del diritto nell'esperienza giuridica romana*. Anche questa rielaborava studi già pubblicati. (*Dal ius al fas*; *Elemento divino ed elemento umano*). Vi era qualche aggiornamento, specie nelle pagine che si riferivano allo *ius naturale* ed alla giurisprudenza dell'età classica. Si respingeva la tendenza della dottrina moderna a considerare i giuristi romani incapaci di una visione filosofica. Anzi, discutendo l'impostazione restrittiva di Gaudemet (che riteneva non si dovesse dilatare oltre le singole testimonianze la portata del concetto di *ius naturale*), Orestano giungeva ad una dichiarazione impegnativa: "quando per un giurista tale nozione sia attestata anche una sola volta, essa rappresenta un dato fondamentale di tutta la *sua* concezione del diritto" ([56]).

Queste parole descrivono (o meglio immaginano) un nesso troppo immediato e semplice tra l'impiego del concetto di origine filosofica e la scelta ideale del giurista. Se egli parla di diritto naturale, ciò vorrebbe dire che lo considera il fondamento costante del diritto positivo. Così mi sembra da intendere il rilievo attribuito anche ad una sola testimonianza e l'idea che questa sia il sintomo univoco di una identificabile concezione del diritto. Come se non potesse trattarsi invece di un luogo comune tratto dalla cultura filosofica e che ricorre

([56]) R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1953, p. 379 (la citazione del lavoro di J. GAUDEMET, *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome*, 1952, è a p. 369).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel discorso del giurista, ma non implica scelte di fondo, svolgendo un ruolo soltanto entro contesti limitati e senza segnare tutto il suo pensiero. In realtà, dare tanto peso all'uso di questo schema significa contestare la linea interpretativa cara ad Albertario, per cui ogni riferimento a categorie puramente ideali o filosofiche avrebbe nell'opera dei giuristi solo un carattere estrinseco e decorativo.

Per quel che riguarda la parte generale, Orestano non nascondeva il proposito di disancorarla nettamente dalla ricerca romanistica, per giungere in futuro a comporre una più ambiziosa *Introduzione allo studio storico del diritto* ([57]). A me sembra che durante gli anni 50 vi sia stato per lui un vero e proprio spostamento di asse disciplinare. Così la rappresentazione storico-antica si riduceva sempre di più nei suoi scritti ad una occasione per fissare lo sguardo sugli svolgimenti della tradizione romanistica e per storicizzare le forme teoriche del pensiero giuridico europeo, soprattutto quelle di cui ancora si avvertiva l'influenza: un passato che culminava nei dogmi ottocenteschi e che era ancora idealmente prossimo.

Ma c'era comunque, nella rappresentazione teorica che Orestano veniva delineando, qualcosa (un'idea, un punto di vista) che fosse capace di superare il relativismo, postulato in tutte le direzioni possibili? Questo evidentemente serviva a svincolare il giurista dal sistema, come cornice necessaria dei suoi ragionamenti, o dalle norme come referente obbligato, o ancora dall'univocità dell'interpretazione. Comunque, un *ubi consistam*, oltre le singole particolarità storiche volta a volta descritte (e gli spunti più originali del suo lavoro stanno proprio in queste scoperte), era nella convinzione che la scienza del diritto potesse essere il soggetto di una storia, condizionata dagli eventi sociali, eppure individuabile per una propria specifica fisionomia. Una storia con tempi più lunghi di quelli relativi alle vicende politiche, con cadenze profonde, ove si ripropongono continuità e somiglianza dei problemi giuridici (anche se non delle soluzioni) e dunque la possibilità di comparare idee e costruzioni del presente con quelle di altri secoli e di società diverse dalla nostra.

Proprio in questo aspetto (la raffigurazione della scienza giuridica come soggetto che si svolge nel tempo, che "ha" una storia) Giovanni Tarello ha individuato il limite del procedimento di storicizzazione a cui Orestano sottoponeva le categorie e le sistematiche tradi-

([57]) Così scrive nella prefazione al volume del 1953.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zionali — specie quelle civilistiche, ma non solo — negli scritti degli anni 50. Ed ha voluto cogliervi qualcosa di più: un'operazione di politica della cultura non neutrale, anzi partecipe di scelte più generali, che marcano quel decennio ([58]).

L'analisi ha come specifico oggetto la voce *Azione*, pubblicata nel 1959 e destinata ad avere un'eco notevole tra gli studiosi del processo civile ([59]). In essa molti dei ragionamenti già raccolti nella prima edizione della *Introduzione* venivano messi alla prova. I movimenti, le diverse immagini e funzioni di questo concetto giuridico venivano risolti nella storia delle dottrine che al termine azione (o ai suoi equivalenti) avevano ricollegato in vario modo formulazioni teoriche, interpretazioni di enunciati normativi diversi, e poi ideali sul ruolo e le prerogative del soggetto, di fronte alle violazioni delle regole. In questa impostazione Tarello scorge alcuni salutari rifiuti. Non solo il rifiuto della metafisica, e con essa di qualsiasi illusione circa il fondamento ontologico del linguaggio giuridico; ma anche il rifiuto di ogni teoria generale del diritto, vista come sistema di categorie universali.

Nonostante tutto ciò, Orestano — secondo la critica che gli rivolge il suo allievo — avrebbe salvato e continuato a presupporre un'autonomia della scienza del diritto. Ma che cosa significava non compiere quest'ultimo decisivo rifiuto? Anzitutto "accettare la continuità della cultura giuridica", come un "tessuto connettivo delle istituzioni", e quindi "evitare con cura di costruire il 1945 come una frattura". È brusco il richiamo a vicende così vicine, e tuttavia è legittimo, perchè porta in primo piano i fatti che cambiano le forme di vita e le regole. Il mutamento drammatico di regime, il passaggio dal fascismo alla democrazia avrebbe dovuto essere tematizzato, proprio per misurare storicamente le idee giuridiche che riguardavano figure quali l'individuo, la legge e l'autorità dello Stato. Erano figure implicate nei discorsi dei giuristi sull'azione e che con la trasformazione politica cambiavano profilo (ma fino a che punto?). Insomma, sottovalutare quella frattura nella vita italiana e nella coscienza civile "voleva dire, negli anni 50, fare una politica della cultura giuridica

([58]) Cfr. G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 7, 1977, p. 147 ss.

([59]) La voce è già cit. supra, alla nt. 11, con il volume nel quale è ora ripubblicata (da qui cito).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

almeno non disomogenea rispetto alla politica istituzionale allora dominante" (60).
Fin qui gli appunti di Tarello, nei quali possono distinguersi due ordini di valutazioni, con significati diversi ed un diverso grado di attendibilità.

Il primo giudizio critico, più circoscritto, riguarda la voce *Azione* e l'analisi storica che ne emerge, relativa agli orientamenti della scienza processualistica contemporanea. È vero che Orestano non riserva una particolare attenzione alle componenti autoritarie, ben presenti nelle dottrine del processo civile fra le due guerre. Quando cita la relazione del Guardasigilli sul Codice di procedura civile, la ricollega ad una visione pubblicistica della giurisdizione: "il nuovo codice, capovolgendo i termini del binomio, concepisce l'attività della parte in funzione del potere del giudice" (61). Ma è una visione non esclusivamente propria e peculiare del regime politico in cui si è formata l'ultima stesura del Codice. Anche per essa valgono radici ottocentesche.

Allo stesso modo, quando Orestano esamina le dottrine nazionalsocialiste di Schönke o di Baumbach, iperpubblicistiche, che riducono il diritto del singolo nel processo civile ad aspettativa o richiesta di una decisione giudiziaria, non le considera una deviazione, ma piuttosto uno dei possibili coerenti sbocchi della progressiva eclisse del diritto soggettivo (62). L'azione si separa da questo, diventa sempre più astratta; la sovranità, il potere d'intervento del singolo sulla giurisdizione si affievoliscono. Ma egli non esplicita la novità di queste tendenze, che apparivano anche in Italia, se pure meno pronunciate. Una propensione autoritaria è evidente, ad esempio, nel saggio di Pekelis: Tarello insisterà su di essa (63). Invece, quel che manca nella voce del 1959 è l'identificazione dei referenti politici più prossimi di quelle dottrine. Non vengono considerati rilevanti i nessi tra le visioni pubblicistiche del processo civile, la codificazione e la politica istituzionale del fascismo. Né Orestano si domanda a quali oscillazioni o svolte di breve o lungo periodo abbia dato luogo, nella riflessione dei giuristi, la fine di quella politica e la successiva fase costituente. Ma l'atteggiamento presbite dello storico, che non con-

(60) G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi,* cit., p. 162 ss.
(61) R. ORESTANO, *Azione,* cit., p. 56, nt. 30.
(62) *Op. cit.,* p. 33.
(63) Cfr. A. PEKELIS, *Azione,* in *Nuovo Digesto Italiano,* II, Torino 1957, p. 91 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sidera i fatti più vicini, equivale davvero alla riproposizione da parte sua di una mitica autonomia della scienza del diritto? Tarello risponde di sì e questa è la seconda valutazione critica che egli formula, a proposito dell'insegnamento di Orestano.

Proverò a dire perché non mi convince. Non vedo affatto nella voce *Azione* e in genere nelle pagine degli stessi anni una raffigurazione della scienza del diritto esclusivamente come entità sovraindividuale, né l'insensibilità per le singole operazioni teoriche dei giuristi. Mi pare anzi chiara l'idea che proprio attraverso queste (attraverso una serie numerosissima di varianti e in alcuni momenti di vere svolte) passino le grandi correnti costitutive del pensiero giuridico moderno. Analogamente, per l'esperienza romana, Orestano demolisce l'immagine tradizionale di una piena omogeneità dei giuristi (quasi fossero sostituibili l'uno all'altro). Questa era l'idea di Giustiniano, quando ordinò di attingere alle loro opere, per comporre il Digesto. Ma è un'immagine irreale, riproposta nell'epoca moderna, proprio per fondare quel "mito" dell'autonomia di cui parla Tarello. Orestano si volge invece alla particolarità delle situazioni, dei casi su cui si costruiscono le regole, mettendo in luce l'apporto dei singoli giuristi. In questo senso si può cogliere un percorso ed una progressione nei suoi scritti. Dal volume sull'*appellatio* (1953) all'articolo su *"Obligationes" e dialettica* (1959) ([64]). Qui il lavoro dei giuristi viene posto come oggetto d'indagine sotto il profilo dei procedimenti costitutivi, delle strutture logiche, di cui è chiara la pluralità. Vi è una individualizzazione del discorso gaiano che farà scuola ed un'attenzione alle sue aporie, evidentemente in contrasto con le pretese di trarre fuori dalle *Iustitutiones*, a tutti i costi, una esposizione rigorosa: "classica".

Come vedremo più avanti, questa scelta ha una motivazione teorica non occasionale, ma fortemente radicata nel suo pensiero.

D'altra parte, le costruzioni dei giuristi (anche dei moderni, più inclini al mutamento) non stanno nel vuoto, e sempre fanno i conti con una tradizione. Sebbene spesso la modifichino o la respingano, comunque ne sono influenzate.

Proprio per questo, comprendere le singole operazioni significa

---

([64]) *"Obligationes" e dialettica,* in *Mélanges H. Levy-Bruhl,* Paris 1959 (anche in *Jus* dello stesso anno). Ora in R. ORESTANO, *Edificazione del giuridico*, Bologna 1989, p. 339 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sondare i diversi livelli di discorso che le costituiscono: non soltanto il raccordo con indirizzi politici contingenti, ma anche la connessione con le strutture profonde della cultura e del linguaggio a cui esse appartengono.

In uno scritto pubblicato nel 1957, dal titolo *Sociologia e studio storico del diritto,* Orestano descriveva lo stesso processo di formazione della scienza, con i suoi tempi e le sue svolte, partendo da una questione specifica e moderna: l'ingresso di categorie sociologiche nel pensiero dei giuristi ([65]). Questo non si realizza in modo spontaneo e semplice. Vi sono resistenze e solo attraverso di esse avviene la contaminazione: si accolgono i concetti nati al di fuori della scienza giuridica, che vengono ammessi a far parte di questa, perché cambiano le concezioni di fondo dalle quali essa muove. "È un processo eminentemente collettivo, per lo più lento, che non ha regole,... talvolta questi passaggi e queste ammissioni si presentano connessi a mutamenti nelle concezioni che si hanno del diritto; e ciò si spiega benissimo per gli stretti legami che intercorrono fra metodi e concezione del diritto: ciò che è assai più difficile spiegare è come e perché le concezioni del diritto mutino. Né sarò certo io a presumere di poterlo dire".

Una questione del genere sta al di fuori dell'evoluzionismo statico e conservatore ereditato da Savigny. Salta agli occhi una certa esitazione e cautela di Orestano nel mettere così in evidenza il mutamento, non quello quotidiano ed inavvertito, ma quello che si identifica in un episodio innovatore; la svolta, la scissione dal passato. "E forse — conclude dando un'indicazione di lavoro — uno dei campi in cui la ricerca sociologica potrà dare un valido ausilio allo studio storico dei fenomeni giuridici è appunto quello dei mutamenti nelle concezioni del diritto: e questo non appaia contraddittorio con quanto abbiamo fin qui sostenuto, perché di fronte a queste concezioni, al loro formarsi, al loro mutare, si ha davvero l'impressione che i movimenti avvengano in una specie di "periferia" dell'esperienza giuridica, in una zona marginale dove profonde ombre rendono difficile vedere i processi di scambio e di ricambio fra l'esperienza giuridica e la totalità dell'esperienza".

([65]) R. Orestano, *Sociologia e studio storico del diritto,* in *Jus,* 8, 1957, p. 199 ss. Era una relazione letta nel novembre 1956, in un convegno organizzato a Strasburgo da Michel Villey sul tema *La methode sociologique et le droit.* Ora è ripubblicata in *Diritto. Incontri e scontri,* cit., p. 159 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Secondo Orestano, si può sondare questa zona periferica ricorrendo alla sociologia della conoscenza: puntando l'attenzione sui condizionamenti, sulla dipendenza del pensiero giuridico da correnti di sentimenti, strutture sociali, aspetti politici. Questa prospettiva di ricerca, se pure appena intuita e abbozzata, verte intorno alla eteronomia (così la definirei) del pensiero giuridico. Sottintende l'idea che l'origine e il movimento della scienza possano spiegarsi guardando al di là di essa. È un'intuizione fortemente limitata dalle difficoltà di svolgimento che incontra e nel lavoro storiografico vero e proprio si avverte più debolmente la sua incidenza. Ma in ogni caso, pur rimanendo nei confini di una formulazione programmatica, essa è ben lontana dall'affermare il mito dell'autonomia della scienza e dunque cammina nella direzione contraria a quello che Tarello considerava propria del discorso teorico di Orestano.

Rileggendo le pagine dedicate all'Umanesimo e alla svolta segnata nella tradizione europea dalla scuola culta francese, possiamo vedere con quali limiti e sfumature questa consapevolezza di una eteronomia della scienza giuridica sia avvertita in concreto (66).

Col suo antinormativismo e rifiutando la logica interna, la continuazione del diritto giustinianeo, la scuola culta apre una crisi del diritto e una contestazione del principio di autorità. Ogni *ius civile* — sostiene François Hotman nell'*Antitriboniano* è *ius vernaculum*; anche il diritto romano. Vi è sempre una particolarità insuperata, un linguaggio domestico in ciascuna scienza giuridica. In nome della certezza del diritto, di cui il *Corpus Iuris* poteva essere unico presidio, Alberico Gentili respingeva questa tendenza critica e demolitoria: *si Iustinianum et Tribonianum accusare nobis liceret, totum ius civile rueretur.* "Vi è qualcosa — osserva Orestano — di altamente drammatico in questo contrasto". E sono due concezioni "che ineriscono a situazioni ambientali volta a volta diverse". In Francia, vi era già nel secolo XVI una produzione normativa nazionale e si ricercava una certezza del diritto seguendo nuove vie: oltre alle redazioni del *droit coutumier* regionale e locale, cominciavano le *ordonnances* regie e con esse i primi sforzi di legislazione uniforme per quel

(66) Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (ediz. 1961), cit., p. 71 ss. e p. 157 ss. V. anche *Diritto e storia nel pensiero giur. del sec. XVI*, in *Atti I Congr. Soc. it. di Storia del dir.*, p. 389 ss.; ed ora *Introduzione*[3], cit., p. 151 ss.; 193 ss.; 579 ss.; 606 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regno. In Italia invece la tradizione del *Corpus Iuris* veniva tenuta ferma, proprio perché mancava un'autorità politica unificatrice, un accentramento ed un rinnovamento della produzione normativa.(67)

Questa non è la sola chiave di lettura possibile del mutamento di concezione del diritto. Ve ne sono altre, connesse alle vicende politico-religiose ed allo scontro di ideologie che accompagna la riforma. Gran parte degli umanisti francesi partecipa al movimento protestante (si può ricordare la figura emblematica di Jean de Coras, un giurista nel quale troviamo tracce di pensiero neostoico, che fu maestro di Donello e fu ucciso nella notte di San Bartolomeo). Ma dopo avere accennato a questo "ambiente" che preme sulle scelte e sugli indirizzi della scienza giuridica, dopo aver relativizzato la questione della certezza del diritto, posta drammaticamente da Alberico Gentili, dopo aver spiegato le ragioni politiche dell'atteggiamento innovatore così fortemente presente tra i giuristi francesi del '500, Orestano si ferma. Sottolinea i limiti del proprio lavoro descrittivo, che guarda in modo preminente al pensiero giuridico. Con ciò tuttavia non considera la scienza del diritto separata, isolata, impermeabile. Anzi, la determinazione dell'oggetto dal quale non vuole allontanarsi, viene enunciata proprio perché quel pensiero, che egli vuole studiare dal di dentro, è parte di un movimento storico più ampio. "Il nostro scopo, pel momento, è solo cercare di individuare alcuni mutamenti verificatisi *all'interno* della scienza giuridica umanistica, nelle varie direzioni, e di cogliere qualche correlazione *interna* fra i diversi procedimenti che essa segue e coi quali si propone di operare".

7.- Dal 1950 Orestano era stato chiamato a far parte della Facoltà di Giurisprudenza di Genova. Là insegnò per dieci anni. Il primo corso che svolse aveva come titolo *Appunti sulla "cognitio extra ordinem"* e riproponeva antichi temi (1950-51). L'anno successivo un corso nuovo sull'appello (1951-52). Poi un corso che corrispondeva al primo nucleo dell'*Introduzione* (1952-53). Inoltre, ancora l'appello e poi *Interdicta e possessio* e due corsi sulle *actiones*. In uno di questi affrontò il problema delle origini del processo romano, seguendo uno schema evolutivo: l'ipotesi di un graduale imbrigliamento di originari fenomeni di attuazione diretta delle situazioni giuri-

(67) *Loc. ult. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diche, legittimata in base al consenso delle comunità. Va sottolineato il fatto che la ricerca romanistica, specie nell'insegnamento, continuava a svolgersi senza interruzioni, in parallelo con il lavoro teorico di cui già ho tracciato le linee fondamentali ([68]). Sono stati anni di grande operosità scientifica e didattica.

Genova del resto era una città viva: vi si poteva cogliere prima che altrove il risveglio economico. Erano ben visibili da un lato la tenacia e l'egoismo delle forze imprenditoriali dominanti, dall'altro la severità e l'autodisciplina del mondo del lavoro: la fermezza operaia, che si sarebbe manifestata in un aspro scontro e con un forte impatto sull'intero paese, durante la grave crisi politica del 1960. Ma in mezzo ai fermenti e ai conflitti di questa città moderna e complessa c'era anche lo spirito di ricerca, la curiosità, l'irrequietezza culturale delle nuove leve studentesche. Era un processo di rinnovamento che avveniva all'interno della borghesia intellettuale e che si percepiva nell'università.

Orestano prestava un'attenzione inusitata alle domande ed alla curiosità degli allievi. Soggiornava per una metà della settimana a Genova ed erano giorni dedicati alle lezioni, ai seminari, agli incontri. Molti neolaureati o ancora studenti trovavano nel suo insegnamento "le ragioni della propria vocazione scolastica". E poi c'erano gli altri, numerosi, che sarebbero entrati nelle professioni e avrebbero tante volte ricordato la sua opera di paziente educazione all'analisi concettuale, alla reinterpretazione storico-funzionale (senza dogmi) di qualsiasi discorso giuridico.

Tra gli allievi che avrebbero continuato a lavorare nell'università rammento Luigi Raggi e Giovanni Tarello, Franca De Marini e Carlo Maria De Marini, Gino Giugni ed Enrico Zanelli, Emanuele Somma e Silvana Castignone. Ciascuno di essi, sia pure in modi diversi, ha portato negli studi ed ha approfondito questioni e punti di vista nuovi, tra i quali l'interesse per le ideologie e per la politica del diritto, l'analisi del linguaggio, il senso della storicità delle situazioni e delle regole, con tutto ciò che questa disponibilità culturale e questa consapevolezza storica potevano significare in termini di superamento dell'autonomia del giuridico.

L'establishment universitario era condizionato dalle posizioni più conservatrici. Commemorando Luigi Raggi, scomparso prema-

([68]) R. ORESTANO, *Diritto. Incontri e scontri,* cit., p. 461 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

turamente nel 1968, Orestano ricorderà le incomprensioni che avevano accompagnato i suoi primi lavori: *Materialismo storico e studio del diritto romano* e poi gli *Appunti sul pensiero giuridico di Karl Marx* ([69]). Il tema era del tutto nuovo: scelto da Raggi, ma con l'incoraggiamento e l'attenzione vigile del maestro. La fioritura di studi sul marxismo nella saggistica italiana era lontana da venire. Si erano da poco pubblicati i *Quaderni del carcere* di Gramsci. Alcuni studiosi di formazione idealista (come Galvano della Volpe) o esistenzialista (come Cesare Luporini) avevano intrapreso ricerche su Marx; ma queste non avevano ingresso nelle Facoltà di Giurisprudenza. I punti di riferimento, per quel che riguardava l'uso di categorie marxiane nell'analisi del diritto, erano quindi per Raggi molto scarni. Influivano su di lui le interpretazioni crociane di Marx (che tuttavia egli considerava unilaterali), e nel campo della teoria giuridica gli studi kelseniani sul marxismo, ai quali negli stessi anni si riallacciavano alcune formulazioni critiche di Norberto Bobbio (destinate a lasciare il segno nella storia culturale della sinistra italiana).

Non mancò all'inizio un atteggiamento sospettoso verso i lavori di Raggi e tracce consistenti di pregiudizio si possono trovare nella recensione di Biondi al primo dei due scritti. Quando si era discusso in commissione sul voto, per quella tesi di laurea, uno dei professori genovesi, "poveretto non aveva letto niente, ma aveva sentito che si parlava di marxismo — racconta Orestano — esclamò: 'Ma come si può dare 110 e lode a una tesi sul marxismo?'. E ci volle del bello e del buono a persuaderlo" ([70]).

Vi fu dopo il '55 e fino agli ultimi anni 60 una convergenza profonda ed una vera e propria collaborazione tra Orestano e Raggi. Anche l'allievo, specie dopo la prima fase della sua formazione, comunicò molto al professore che lo aveva esortato agli studi ed esercitò un influsso su di lui. Era comune ad entrambi, per fare un esempio, l'interesse per l'approccio sociologico allo studio del diritto. Raggi aveva incontrato questa tematica analizzando le diverse in-

([69]) Sono ora raccolti, insieme ad altri lavori, nel volume di L. Raggi, *Scritti,* Milano 1975. Sull'esordio scientifico di Raggi cfr. B. Biondi, *Crisi del diritto romano e marxismo (A proposito di recenti orientamenti)*, in *Jus,* 8, 1957, p. 477 ss.

([70]) L'episodio è ricordato da Orestano nella introduzione ai citati *Scritti* di Raggi. Essa riproduce il discorso di commemorazione pronunciato nell'Aula Magna dell'Università di Macerata, nel dicembre 1969.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terpretazioni di Marx. E poi si era messo sulle piste di tutti quegli esperimenti teorici (tendenze obliterate in Italia dopo gli anni 20, con il predominio del neoidealismo) che miravano ad una conoscenza del diritto in funzione delle mutazioni ambientali, dei rapporti fra le classi, e dunque anche delle lotte per l'uguaglianza, quali si delineavano nell'epoca moderna. Lo scritto già citato di Orestano sulla sociologia contiene spunti tratti da questo contesto storico. Nella stessa *Introduzione* incontriamo alcuni puntuali accenni al marxismo che presuppongono i lavori e soprattutto le posizioni teoriche di Raggi. Così anche l'uso delle categorie di "storia interna" e "storia esterna" del diritto e della scienza giuridica, a cui Raggi aveva dedicato un'analisi approfondita in un saggio del 1959, torna spesso nelle pagine di Orestano: l'intreccio fra interno ed esterno, fra moventi scientifici e svolte politico-sociali, è indicato — già lo abbiamo visto — come un passaggio essenziale della ricostruzione storica ([71]).

Luigi Raggi seguirà Orestano a Roma e vincerà il concorso a cattedra nel 1966 (risultando primo classificato, in una terna che comprendeva anche Ugo Zilletti e Pierangelo Catalano), dopo aver scritto uno dei più bei libri romanistici degli anni 60 (un decennio ricco ancora di prodotti non banali). Quel lavoro prendeva le mosse dalle ricerche di Orestano sulla *cognitio extra ordinem* e sull'appello civile, ma affrontava problemi nuovi, soprattutto ricostruendo il lavoro compiuto dai giuristi (e talvolta i suoi strumenti dialettici), per l'adattamento teorico degli schemi tradizionali nati dal processo formulare alla realtà nuova dei giudizi cognitori e delle *appellationes*.

L'insegnamento di Orestano lasciò un'impronta profonda anche su Giovanni Tarello, sui suoi studi dedicati all'analisi dei linguaggi precettivi e su quelli degli anni 70 e 80, volti alla storia delle teorie e delle ideologie giuridiche. Doveva nascere da quelle ricerche un indirizzo che potrebbe definirsi analitico-storiografico, una rivista (i *Materiali per una storia della cultura giuridica*), ed una scuola. In

([71]) Cfr. L. RAGGI, *Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanistica*, in *Bullettino dell'Ist. di Dir. Rom.*, 52, 1959, p. 199 ss., ora in *Scritti*, cit., p. 73 ss. Si veda inoltre la distinzione tra la concezione marxista dell'ordinamento giuridico quale sovrastruttura della società e l'idea di ordinamento come posizione della società stessa. Essa è accennata da Orestano nella *Introduzione*^{2}, cit., p. 362 s.; 573 s. Raggi riteneva che Marx avesse immaginato per la società postrivoluzionaria un ordinamento giuridico non sovrastrutturale, non coattivo, ma spontaneo, implicito nella vita sociale liberata (*Scritti*, cit., p. 57 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qualche caso l'eco dei discorsi di Orestano è evidente, anche se mancano citazioni esplicite. Così nella critica del concetto di norma, come ipostasi comune alla teoria generale ed alla storiografia giuridica di impianto tradizionale. Così ancora nella messa in discussione dello schema "ordinamento giuridico", in quanto concepito come nome di una realtà oggettiva o di una pretesa essenza del diritto ([72]).

([72]) Cfr. G. TARELLO, *Introduzione al linguaggio precettivo* (1968), ora in *Diritto, enunciati, usi,* Bologna 1974, p. 266, sulle "norme-enti": presupposti del discorso giuridico, privi di rispondenza empirica e dal punto di vista analitico — quindi — pressoché inservibili, anche se universalmente correnti. In questo contesto, segnala discorsi frequenti degli storici del diritto, che rassomigliano a quelli della teoria generale, perché allo stesso modo lavorano su presupposti inverificati e su generiche schematizzazioni moderne: "... discorsi volti ... a determinare stravaganti entità come ad esempio "quali norme" fossero "valide", e quali di queste fossero "efficaci", nel regolare "nel basso impero romano" una serie di rapporti accomunati sotto un concetto, di origine ottocentesca ... il quale concetto "aspetta" di venir precisato ulteriormente dai risultati della ricerca "storica", e tutto questo nell'idea che le lacune documentali possono venir riempite "interpretando" le norme storiche "efficaci" (o addirittura "valide") come se si trattasse dell'impiego di enunciati precettivi di un codice vigente per decidere casi nuovi". Il metodo di lavoro dei romanisti è molto sostanzialmente cambiato rispetto alla situazione che Tarello così impietosamente descriveva? Le vecchie abitudini durano ancora. Certo, questa analisi è ricalcata sulle critiche che Orestano aveva rivolto alla "pandettizzazione" del diritto classico (ma anche di altre esperienze lette privilegiando il dato norma e sovente "applicando retrospettivamente 'sistemi di norme' quasi del tutti inventati (G. TARELLO, *loc. cit.*).

È da rileggere in questa chiave gran parte della Introduzione: in particolare la II edizione, del 1961, nella quale le formulazioni critiche in proposito sono più sviluppate e mature (sulle cattive abitudini degli storici del diritto romano ed in particolare sui procedimenti di "autoproiezione", che sono quelli cui si riferisce Tarello.

Per quanto riguarda poi la nozione di ordinamento giuridico, l'influsso di Orestano è ancora più evidente. Aveva scritto, proprio nella voce *Azione* (1959), sulla quale Tarello rifletterà in più occasioni (fino ai rilievi critici del 1977, che già ho menzionato): "la nozione stessa di 'ordinamento giuridico', proprio come nozione vuoi intesa in senso normativo, vuoi intesa in senso istituzionale, necessiterebbe nell'un caso e nell'altro di essere resa più articolata, al fine di poter ricondurre sotto di essa senza confonderle le situazioni concrete diversissime che la storia conosce e che, se accomunate, fanno perdere alla nozione medesima ogni valore individuante". E poi ancora criticava l'idea di ordinamento giuridico come "un tutto unitario ed organico", per l'idea di un fittizio immobilismo dei fenomeni giuridici che vi era implicita. Proprio lo stesso ordine di idee si ritrova in G. TARELLO, *Prospetto per la voce "Ordinamento giuridico" di un'enciclopedia,* in *Politica del diritto,* febbraio 1975, p. 73 ss. "Illustrare la nozione di ordinamento non si può a mio avviso, considerando il termine 'ordinamento' come nome di una realtà oggettiva o di una caratteristica essenziale del (di ogni) diritto (oggettivo), ma si può invece analizzando gli usi e i fini dei parlanti in termini di 'ordinamento' e le operazioni cul-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8.- Nel 1960 Orestano fu chiamato dalla Facoltà giuridica dell'Università di Roma. Era una meta lusinghiera. Egli ritornava, insegnando la storia del diritto romano, ai temi pubblicistici, dai quali aveva preso le mosse negli anni 30. Ma lasciava da parte il principato, indirizzandosi piuttosto all'età arcaica. Anche di questa si era già occupato; ed ora aveva davanti agli occhi come un modello i *Primordia civitatis* di De Francisci. Un paio d'anni dopo la chiamata, passerà alla cattedra di Diritto romano: quella che era stata di Vittorio Scialoja, da lui ricordato sempre con ammirazione.

Anche a Roma vi furono allievi numerosi, mentre continuava un rapporto privilegiato con Luigi Raggi, fatto di lavoro quotidiano e di intesa culturale. Avevano discusso insieme, punto per punto, la prolusione romana di Orestano, che fu letta in facoltà il 23 marzo del 1961. Ruotava attorno ad un tema non nuovo: *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano* ([73]). Entrambi i termini di questo confronto erano presenti in molte pagine del decennio precedente. Già altri, come Emilio Betti o Giuseppe Grosso, si erano soffermati, non senza equivoci, sugli impieghi possibili in sede storiografica della teoria dell'ordinamento (o dell'istituzione) elaborata da Santi Romano.

Orestano spiegava ora perché gli schemi dell'istituzionismo possono e debbono essere usati dallo storico non come specchio di una realtà già ordinata, come nozioni esclusive capaci di cogliere i connotati essenziali di ogni diritto. Si tratta piuttosto di un concetto da costruire convenzionalmente, per selezionare e scoprire l'esistenza e la varietà di strutture associative rilevanti per la storia giuridica romana. Nella descrizione che si ottiene con lo schema "ordinamento" rimangono in ombra i momenti ideali e il lavoro della scienza nella formazione del diritto. Invece, emergono le modalità fattuali della convivenza organizzata. L'affermarsi di un potere e lo stesso porsi

---

turali e politiche cui quel termine ha servito o è stato piegato". Bisogna tener presente che la tematica dell'ordinamento giuridico, con un'accentuazione di tratti concettuali che servono a determinarne e circoscriverne l'uso a situazioni storiche singolari e individuate (*per momenta*) è al centro della prolusione romana di Orestano (1961) e al corso sui "fatti di normazione", di cui dirò più avanti. Comunque si può notare che nella critica il Tarello del 1977 è più radicale di Orestano. Suggerisce infatti di non usare la nozione di ordinamento giuridico, considerandola comunque un'astrazione destinata a non avere una sufficiente presa analitica.

([73]) In *Jus*, 13, 1962, p. 35 ss., ora in *Diritto. Incontri e scontri*, cit., p 395 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'attività normativa possono essere visti come aspetti, elementi strutturali della istituzione. Sono questi gli spunti storiografici più interessanti da ricollegare alla teoria romaniana; mentre essa non è minimamente riferibile alle grandi partizioni che troviamo nella giurisprudenza antica: *ius civile - ius honorarium, ius-lex, ius publicum - ius privatum*.

La tematica della prolusione era destinata a trovare uno sviluppo nella prima metà degli anni 60, con i corsi dedicati ai fatti di produzione normativa o meglio — secondo il titolo definitivo del libro, uscito nel 1967 — ai *Fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica* (74). Mi sembra che Orestano attribuisca particolare rilievo ad un punto della teoria di Santi Romano. Questi, nel denunciare i limiti di una scienza giuridica ridotta ad osservazione delle norme, aveva immaginato un'anteriorità della istituzione rispetto ai precetti. Anzi aveva fatto consistere la validità di questi nell'appartenenza ad una istituzione. Il tentativo di Orestano è di costruire un apparato categoriale che definisca alcuni rapporti possibili tra istituzione e precetti. In particolare, i concetti di fatto normativo, situazione normativa, fatto di produzione normativa tendono a questo scopo.

Fatti normativi sono, nella rappresentazione storica che riguarda l'antica *civitas* romana, la coalescenza dei gruppi minori e il costituirsi degli elementi fondamentali dell'organizzazione, come il *rex*, l'*exercitus*, il *senatus*, le *curiae*, i collegi sacerdotali. Il porsi fattuale di queste strutture è un presupposto necessario per le regole del loro funzionamento (desumibili a posteriori) e per i precetti che verranno posti (interni all'ordinamento).

Il concetto di situazione normativa indica invece la ripetizione di comportamenti. Fenomeno consuetudinario: si verifica quando i comportamenti sono accompagnati e sorretti da un assenso ideale generalizzato, tale da trasformarli in modelli. Anche per questa via i precetti nascono dall'organizzazione.

Infine, nella categoria dei fatti di produzione normativa sono comprese le qualificazioni di liceità o illiceità dei comportamenti, operate con riferimento agli schemi arcaici dello *ius* e del *fas*, e con-

(74) Torino, 1967. Sull'impiego degli schemi teorici tratti da Santi Romano, sulla problematicità con cui vengono assunti, cfr. R. ORESTANO, *'Ordinamento giuridico', scienza del diritto, ideologia* (1983), in *Edificazione del giuridico*, cit., p. 303 ss. È un'intervista a Francesco Riccobono e ad Andrea Bixio, che si risolve in una vera e propria introspezione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nesse all'accertamento della volontà divina. Dapprima la produzione normativa consiste nelle pronunce del *rex* e in quelle degli esperti. Più avanti essa verrà attuata con l'intenzione non solo di impartire un puntuale comando, ma anche di definire un ordine che duri nel tempo. Dalla disciplina del caso singolo si giungerà a formulare in modo esplicito criteri più generali di guida dei comportamenti.

Qui certamente il racconto storico è più vario e sfumato di quanto non possano dire le nude categorie teoriche proposte da Orestano. Il prototipo di questa normazione in sviluppo è rappresentato dalle *leges publicae*. Dopo averle fatte rientrare in un quadro di formazione fattuale del diritto, egli ne analizza le vicende, in rapporto alle forze sociali: al loro definirsi, al dominio dell'una sull'altra o all'equilibrio instabile che raggiungono.

In definitiva, il contributo più originale di questa trattazione sta nel ridurre il racconto storico (gli eventi) ad esemplificazione di una teoria. L'autore mi sembra convinto che la garanzia contro ogni forzatura rispetto al dettato delle fonti stia sempre nel foggiare convenzionalmente i concetti attraverso la lettura diretta delle fonti: di più fonti. Ciò da un lato produce flessibilità delle categorie descrittive (proprio in quanto tali); dall'altro implica l'esigenza "che il singolo testo non venga mai considerato come una unità a sé stante, ma per il suo inserimento in una fitta rete di rapporti con tutto l'ambiente culturale che l'ha espresso".

Come già era avvenuto a Genova, la cattedra di Diritto romano dava maggiore libertà ad Orestano di approfondire temi teorici e di soffermarsi sulla tradizione romanistica, fino alle soglie di questo secolo. Al di là di tanti corsi specifici e delle indagini sulle fonti antiche, a cui essi per lo più davano luogo, rimaneva al centro di tutto il lavoro, sia didattico sia scientifico, la *Introduzione allo studio storico del diritto romano*. La seconda edizione, che segna la conclusione del periodo genovese e l'inizio di una nuova fase, è del 1961: un'opera che è restata fino ad un paio di anni fa non compiuta, ma per questo più aperta. Ha avuto molta fortuna, proprio per la sua capacità di comunicare al lettore l'assillo della ricerca, la pluralità delle sue possibili direzioni.

Ricordo l'incontro con questo libro: il mio primo spaesamento (da studenti non eravamo abituati alle opere aperte) e poi la voglia di arrivare in fondo, per comprendere quel linguaggio, per trarre strumenti di analisi da ciò che leggevo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In realtà l'*Introduzione* ci offriva per grandi squarci una storia degli studi romanistici e contemporaneamente delle dottrine giuridiche dell'Europa continentale. L'intreccio è davvero strettissimo, per l'influenza profonda che la tradizione culturale del diritto romano ha esercitato sulle esperienze giuridiche moderne. Ma soprattutto, accanto alla raccolta di vicende del passato, capaci di influenzarci, questo libro propone una concezione del diritto, che cercherò adesso di riassumere.

9.- Possiamo riferire al pensiero di Orestano, al suo lavoro teorico la categoria dello "storicismo"? È un termine che egli usa più volte soprattutto nella *Introduzione*, anche se sempre con qualche cautela. Cerca di definirne il significato quando esamina, con simpatia, gli orientamenti espressi da Savigny, specie quelli del 1814, che troviamo nell'opera *Sulla vocazione del nostro tempo alla legislazione e alla scienza del diritto*, in polemica col progetto illuministico di una codificazione unitaria per gli stati tedeschi.

Proprio muovendo da questa definizione, si possono mettere in luce alcune componenti della riflessione di Orestano: eterogenee, eppure fuse attorno ad un punto di vista molto fermo, una scelta che riguarda la storiografia e i compiti descrittivi del giurista.

Lo storicismo di Savigny — egli osserva — è molto lontano da quello hegeliano ([75]). Ed utilizza, per tracciare la distinzione, una pagina di Benedetto Croce, tratta dalla *Storia come pensiero e come azione* ([76]). È un autore dal quale Orestano trae spunti in qualche caso, ma con una costante diffidenza, che egli aveva in genere verso i filosofi del neoidealismo italiano. Croce polemizzava con Friedrich Meinecke e con l'impostazione che era alla base di una sua opera del 1936: *Die Entstehung des Historismus*. Pareva a Croce che lo studioso tedesco facesse consistere lo storicismo "nell'ammissione di quel che d'irrazionale è nella vita umana". Quindi una opposizione al razionalismo illuministico, con la quale si proponeva il primato dell'individuale rispetto all'universale. Per Croce questa impostazione era solo un rovesciamento del vecchio razionalismo; teneva ferma la separazione logica su cui esso si fondava. Restavano così due

([75]) R. Orestano, *Introduzione*[2], cit. (1961), p. 211 ss. Ma anche *Introduzione*[3], cit. (1987) p. 251 ss.

([76]) B. Croce, *La storia come pensiero e come azione* (1938), Bari 1966, p. 53 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

astrazioni a fronteggiarsi. Da un lato l'individuale, oggetto di una visione isolata (priva di riferimenti ad una organica e decifrabile totalità, che comprenda i singoli fatti). Dall'altro l'universale, come un dover essere staccato dall'insieme dei fatti, che è in realtà il travestimento, l'ipostasi a sua volta di volontà e fatti particolari.

Secondo Croce, lo storicismo vero (lo si può definire derivante da Hegel, ma qui è proprio la costruzione crociana che viene allo scoperto) "in tanto critica e vince il razionalismo astratto dell'illuminismo, in quanto è più profondamente razionalista di esso" ([77]). Posto di fronte all'individuale, non è costretto a considerarlo irrazionale perché non lo vede da solo, per suo conto. Invece, lo accetta e lo comprende "nell'ufficio che adempie". Questa espressione fa pensare ad una funzione, ad un destino dell'individuale. Così esso si scopre a suo modo razionale e se ne definiscono le forme. La sua separazione è vinta, per il fatto che quanto più lo si guarda a fondo, tanto più in esso si svela l'universale.

È questo itinerario che Orestano nettamente respinge nelle pagine dell'*Introduzione*. Respinge la "irragionevole mania per le astrazioni". È una formula spregiativa, che aveva usato proprio Savigny, nel primo volume del *Sistema*. E certo gli sembra astrazione dannosa l'idea di un ufficio al quale l'individuale necessariamente adempie. Sceglie perciò di far propria la linea teorica di Meinecke: il rifiuto di una considerazione generalizzante ed astrattiva delle forze storico-umane. Definisce "storicismo individualizzante" questo indirizzo, al quale ricollega il messaggio fondamentale della scuola storica del diritto, nella cultura del primo ottocento ([78]). Nell'insieme del *Sistema* di Savigny vedrà perciò un arretramento rispetto alle originarie intenzioni. Vi scorgerà (d'accordo con l'interpretazione

---

([77]) *Op. cit.*, p. 54. Quanto all'uso esagerato di astrazioni, cfr. la citazione di Savigny in *Introduzione*[3], cit., p. 255.

([78]) La espressione "storicismo individualizzante" non compare nell'ultima stesura della *Introduzione*, ma riassume bene la visione di fondo da cui muove Orestano. Sono anzi convinto che a questa categoria — così come cerco di illustrarla nel testo — si riduca in ultima analisi il suo *antiformalismo*. Quest'ultima è una parola sfuggente. Con riferimento ad Orestano può essere usata in due sensi. Rifiuto delle forme concettuali che non sono l'espressione di un proprio fare: che non sono volta a volta costruite in relazione a dati di esperienza specifici. E, in secondo luogo, avversione alle costanti, alla rilevazione di essenze, di modelli permanenti, di caratteri comuni nel divenire storico, che conducano ad una sottovalutazione o dimenticanza dell'individuale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di Gioele Solari) l'esempio di una rivincita dei modelli culturali della civilistica tedesca (Heise, Wolff) d'impronta giusrazionalista.

Nella categoria dello "storicismo individualizzante" confluiscono anche le suggestioni complesse dell'Umanesimo giuridico (su cui tanto Orestano si soffermerà): il richiamo all'*Antitriboniano* di François Hotman, al suo distacco critico dal passato; e poi la rivalutazione degli studi filologici di Jaques Cujas; la ricerca di anticipazioni teoriche nelle pagine dedicate da François Baudoin alla *coniunctio* fra storia e giurisprudenza. Inoltre egli valorizzerà la polemica di Jhering contro la Begriffsjurisprudenz, vedendovi una rassomiglianza con le intuizioni savigniane, mentre dalle tesi conflittualiste espresse nella *Lotta per il diritto* (che è del 1872) trarrà un antidoto alle visioni pacificate ed apologetiche dell'evoluzionismo.

Ma più di altro nel suo pensiero ed in quella presa di distanze dall'impostazione crociana, si avverte l'impronta nitida dell'insegnamento di Giuseppe Capograssi.

In un'opera dal titolo *Analisi dell'esperienza comune*, questi aveva scritto, nel 1930: "Dunque, mentre la speculazione — e si riferiva al neoidealismo — conclude per la realtà della vita universale e la vana apparenza e la natura di ombra e di sogno dell'individuo, la vita concreta sta tutta potentemente concentrata nella realtà dell'individuo — ad affermare questa realtà, a difenderla, a potenziarla...". Ed ancora: "Mentre la speculazione dichiara... che l'individuo empirico in sé non esiste... la vita concreta invece non si muove, non costruisce la propria esperienza, non intreccia le complesse realtà delle sue organizzazioni, che tenendo di mira, che affermando perpetuamente la vita individuale, la coscienza individuale" ([79]).

C'è un'immagine della vita nella riflessione crociana, che Capograssi aveva puntualmente analizzato. Aveva anzi mosso i suoi primi passi di studioso "sotto l'influenza del pensiero e del sistema di Benedetto Croce". Sintetizzava nel 1930 il senso di quel pensiero, nella raffigurazione di un'esperienza totale, ove non si discernono limiti e singolarità, una sorta di perenne circolazione, capace di ricomprendere tutti gli attimi e gli episodi concreti: "un vivere come vita infinita". Ma gli pareva che molto della realtà così andasse perduto. Questa comprensione infatti faceva venir meno i singoli casi nella loro autonomia e negava esistenza all'individuo empirico. La

([79]) G. Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune*, in *Opere*, II, cit., p. 1 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

religiosità di Capograssi e lo stesso suo senso della trascendenza presuppongono invece un riconoscimento della finitezza dell'individuo, sentita come valore. Tra le sue pagine più efficaci vi sono quelle che rivendicano il significato della finitezza, non superabile nell'ordine dell'esperienza, ma anzi capace di produrre autonomia e regole, varie e profonde. E si tratta di regole sempre interne e relative al mondo empirico, quindi alla storia come storia delle azioni umane e degli individui.

Su questo sfondo teorico Orestano proietta quelle pagine di Friedrich Meinecke che prima ricordavo. E d'altra parte, l'idea stessa di esperienza giuridica, che è il lascito più importante dell'insegnamento di Capograssi, non vale per lui soltanto come individualità empirica? Legge così *Il problema della scienza del diritto*: il volume capograssiano pubblicato nel 1937 e destinato ad avere larga fortuna tra i giuristi. Non c'è nella sua lettura l'idea di una esperienza universale. Le esperienze giuridiche sono plurali: concrete, particolari e storicamente determinate.

Prudentia versatur in rebus singulis, aveva scritto François Connan a proposito del sapere giuridico, traducendo un passo dell'*Etica Nicomachea* di Aristotele ([80]). E in effetti nell'opera aristotelica si trova una definizione della saggezza come conoscenza di oggetti singolari e concreti, di situazioni in movimento, dalle quali è assente l'idea di necessità ([81]). La definizione è congeniale al punto di vista umanistico, almeno a quello che per Orestano era più vitale e produttivo. È un sapere che non si àncora a princìpi universali, ed invece "riguarda i beni umani e le cose su cui è possibile deliberare". Ma queste sono anche le cose "che possono accadere diversamente". Il loro corso non è prefissato, proprio perché hanno a che vedere con le azioni umane e con la particolarità di esse. Vi è insomma un legame profondo tra la categoria del possibile e quella dell'individuale.

Se la scienza del diritto è vista nel medesimo ordine di idee, e questo punto di osservazione viene sviluppato coerentemente, essa non appare soltanto come un sapere che si applica alla singolarità, al particolare, ma anche come un sapere molteplice nella sua costituzione. Non solo, quindi, il suo oggetto dovrà considerarsi in una

---

([80]) F. CONNAN, *Commentarii Iuris Civilis*, I, 3 (*Quid ius*), su cui cfr. R. ORESTANO, *Introduzione* (ediz. 1987), cit. p. 167 ss.

([81]) ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, VI, 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prospettiva individualizzante. Ciò già significa scartare i procedimenti deduttivi, considerare la specificità di ogni caso (e di ogni fatto o atto normativo) che si presenta. Ma a questo si aggiunge un elemento ulteriore di pluralismo. Al di là dell'oggetto, è la stessa scienza che va vista come una somma di individualità. Orestano ripropone un obiettivo delineato da Ludwig Mitteis nel 1917. Se perseguito con maggior vigore, avrebbe già allora messo in campo un'alternativa al metodo dell'interpolazionismo, all'unità e alla coerenza logica della *iurisprudentia*, che questo continuamente presupponeva. Mitteis aveva additato il compito "di presentare una storia giuridica biografica dell'antichità romana, nello stesso modo come si rilevano le individualità nella storia dell'arte". In senso opposto, recisamente, doveva orientarsi invece vent'anni dopo Fritz Schulz, nella sua *Storia della giurisprudenza romana* ([82]).

Orestano sceglie l'intuizione di Mitteis, richiamando i pochi studi che ad essa possono ricollegarsi. Sottolinea nuclei di analisi e lavori che in precedenza hanno messo in luce l'invenzione ed il contributo dei singoli giuristi nella formazione del diritto tra repubblica ed impero assoluto, durante l'età che viene detta classica. Ma la radice della scelta è teorica. Questa visione delle individualità che costituiscono la *iurisprudentia* è uno dei punti di arrivo più ricchi di sviluppi possibili, a cui giunge nel nostro campo di studi la tendenza antiformalistica del pensiero giuridico italiano. Il richiamo alla *vita* da un lato rompe l'isolamento e il primato del dover essere, dall'altro mette in crisi e nega l'impersonalità dell'interpretazione giuridica. I concetti che Orestano impiega, il modo stesso in cui rappresenta la ricerca della individualità dei giuristi romani (non più "persone fungibili" ma artefici concreti e diversi di un lavoro comune), si rifanno a quella tendenza, di cui Capograssi è forse il rappresentante più significativo ed originale. Ricordo in ultimo le lucide indagini sul contributo vario e differenziato dei singoli *iuris consulti* alla rappresentazione di situazioni rilevanti giuridicamente, costituite da aggregati di uomini, di animali (il *grex*), di cose e poi anche di *iura* e di *obligationes*. *Il "problema" delle persone giuridiche in diritto romano* è in questa direzione l'opera che è andata più avanti ed anche

([82]) R. ORESTANO, *Introduzione*[3], cit. (1987) p. 544. Cfr. F. SCHULZ, *St. della giurisprudenza*, cit., p. 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la più complessa ([83]). Qui il discorso giuridico appare formato da una serie molteplice di singole, concrete operazioni concettuali.

È nel costante riproporsi della individualità come valore il filo che unisce diverse posizioni e induce a scomporre le principali astrazioni del pensare sistematico. In uno scritto di Salvatore Pugliatti, pubblicato nel 1950 e citato più volte da Orestano, l'irrompere dell'individualità nel mondo giuridico era stata rappresentata come "indeterminazione": rottura dello schematismo, singolarità della decisione del giudice e l'aprirsi di uno spazio per la creatività. "Nel campo del diritto, l'interpretazione precede la pratica applicazione, e l'indeterminazione è la porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nel sistema normativo". Se la rigidezza del sistema è lacunosa, sarà allora l'individualità delle decisioni giudiziarie a giocare in concreto come un fattore di completamento e di equilibrio. Al lato opposto di questa sottile rete di scelte e di determinazioni storiche, che fanno l'esperienza giuridica, stanno invece i concetti che la scienza del diritto pone fuori del tempo; le astrazioni che non si muovono, conchiuse e separate l'una dall'altra. Insomma le superstizioni sistematiche. Concetti che si riferiscono a norme e alla relazione tra norme e fatti (quindi alle incertezze di questa relazione, alle possibili contraddizioni) e che vengono invece definiti come se fossero entità reali.

La superstizione è nell'immagine animistica dei concetti: pensarli come sicure entità, attribuire loro una portata oggettiva, che esclude ogni indeterminazione, significa deresponsabilizzare l'interprete.

Secondo Orestano, non hanno alcun senso dibattiti — come quelli che si sono sviluppati intorno all'azione (da Wach a Calamandrei), al diritto soggettivo (da Dernburg a Kelsen), alla persona giuridica (da Gierke a Puchta). Mirano a stabilire un giusto procedimento definitorio, come se si potesse cogliere ciò che ciascuna di queste figure è. Ma ai concetti giuridici ed agli enunciati che li delimitano non può riconoscersi — egli osserva — alcuna rispondenza ontologica. Anche quando pretendono di porsi come la rappresentazione di un *quid* reale, essi sono soltanto "proiezioni ideologiche,

---

([83]) R. ORESTANO, *Il "problema" delle pers. giur. in dir. rom.* cit., p. 122 ss..

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

creative di una realtà *sui generis*, ipostatizzata e descritta come esistente" (84).

L'analisi storica servirà a scomporre queste fittizie entità, rivelando ogni volta qual è il loro substrato. Qui siamo di fronte ad una critica della scienza giuridica o almeno dei suoi metodi prevalenti. Ma lo stesso tipo di critica può rivolgersi allo studio storico e ai suoi procedimenti. Si può dire che le superstizioni sistematiche abbiano una incidenza anche nella storiografia romanistica? Orestano ne era convinto. D'altra parte si deve ricordare che gli sviluppi e i prodotti di questa storiografia sono stati spesso condizionati dalle funzioni che le erano affidate: come quella di legittimare i dogmi moderni del diritto civile; oppure di offrire un'educazione propedeutica al giurista ed un materiale teorico utilizzabile per il presente.

Orestano andava alla ricerca di queste forzature storiografiche, derivanti dal pensare sistematico. Voleva individuarne l'origine e la trama concettuale, per liberare lo studio storico dalle sovrastrutture e dai falsi problemi. Ciò vale per la nozione di *auctoritas*, per quella di fonti del diritto, come per quella di *cognitio extra ordinem* o di norma giuridica.

Ma vorrei ricordare ora un caso emblematico e fecondo di questo approccio, che tende a storicizzare sia gli schemi rappresentativi della dottrina, sia le fonti poste ad oggetto di conoscenza. È l'analisi critica che egli compie della nozione di "diritto pretorio", in alcune pagine lucidissime del 1963, non ripubblicate. Si tratta di uno scritto dal titolo *"Plus petitio" ed "in integrum restitutio"*, apparso negli *Studi in onore di Biondo Biondi* (85).

Viene proposta qui un'esigenza di correzione delle vedute dominanti, che troverà eco e sviluppo negli anni successivi: la necessità di superare l'idea del diritto pretorio, come costruzione esclusivamente repubblicana e come insieme compiuto di norme. Già Biondi all'inizio degli anni 30 aveva escluso che lo *ius honorarium* possedesse una propria unità e coerenza interna.

Orestano richiama ora l'attenzione sul rapporto tra questo insieme non organico che si forma variamente nel tempo, e l'attività normativa degli imperatori. Egli denuncia "quel certo schematismo un po' semplicistico in base al quale siamo soliti considerare come

(84) R. Orestano, *Azione dir. soggettivi pers. giur.*, cit., p. 150.

(85) Milano 1963.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blocchi separati il cosiddetto *diritto pretorio* e il cosiddetto *diritto imperiale* e per effetto del quale mentalmente finiamo per riferire quasi sempre all'età repubblicana le origini del primo, in tutta l'articolazione dei suoi vari mezzi". Invece, una parte rilevante è da attribuire — prima e dopo la cristallizzazione dell'editto — agli interventi imperiali nel campo dei giudizi dell'*ordo iudiciorum privatorum*, oltre che mediante l'appello, per altre vie.

L'imperatore Claudio, secondo la testimonianza di Svetonio, avrebbe introdotto un uso nuovo della *restitutio in integrum*, consentendo all'attore che aveva perso la lite, solo per aver indicato nella *intentio* della formula una somma superiore a quella dovutagli, di rimediare all'errore e di esercitare nuovamente l'azione. Un testo posteriore di Seneca fa pensare che una delle cause di *restitutio in integrum* potesse essere la frode processuale, che aveva indotto l'attore a sbagliare nella indicazione della somma richiesta. Ma quel che conta è che l'intervento di Claudio appare così degno di nota, proprio perché innovativo. Svetonio ne sottolinea la singolarità rispetto alla tradizione. Le altre fonti che menzionano questa *restitutio actionis* sono posteriori: dopo Seneca, Gaio. Prima di Claudio, la *plus petitio* era stata trattata più volte da Cicerone, ma i suoi effetti (assoluzione del convenuto e consunzione dell'azione) apparivano irrimediabili.

L'ipotesi avanzata da Orestano, poi generalmente accolta, è che sia stato Claudio per primo ad introdurre in questi casi la *restitutio in integrum*. Non si tratterebbe di un intervento marginale e senza seguito, ma della creazione di un principio che entra a far parte del diritto pretorio. In questo ambito infatti l'innovazione viene recepita da Gaio. Alla regola per cui l'attore perde la lite (regola insuperabile nel rigore del processo formulare) sono ammesse alcune eccezioni. Questa è la illustrazione conclusiva che possiamo cogliere in un brano spezzato e lacunoso delle *Institutiones*: *"nec a praetore in integrum restituitur exceptis quibusdam causis, in quibus... praetor non patitur..."*.

Emerge così un tema originale: l'influenza dell'attività normativa degli imperatori nel formarsi del diritto pretorio. È un punto di vista che darà i suoi frutti. Accanto alla notizia specifica in tema di *plus petitio*, il testo di Svetonio contiene un accostamento tra la nozione tradizionale di *bonum et aequum* e la volontà innovatrice dell'imperatore. Dunque, lo schema tante volte usato in rapporto allo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ius praetorium e allo *ius gentium* legittima anche interventi del *princeps*. Svetonio ironizza, insinua l'idea di una distorsione delle regole tradizionali e ciò mostra ancora di più il valore che ha questo entrare del *princeps* nella prassi giudiziaria ([86]).

Sarà Luigi Raggi, soprattutto nel suo secondo libro, che ho già ricordato, a trattare a fondo l'intreccio fra disposizioni imperiali e forme processuali del diritto pretorio. ([87]). Mostrerà come l'*aequitas* divenga uno schema valutativo di cui si serve il *princeps* quando l'autonomia del pretore si contrae. Analizzerà l'impatto di uno strumento pretorio come la *restitutio in integrum* sui meccanismi processuali dei *iudicia extra ordinem*; e viceversa la sua assimilazione nel nuovo contesto.

Molti spunti erano già nel lavoro di Orestano sull'appello e le pagine del '63 in tema di *plus petitio* hanno il merito di definire con maggiore chiarezza questa linea d'indagine. Lo *ius praetorium* (come, più ampiamente, l'insieme dei mezzi processuali costitutivi dell'*ordo iudiciorum privatorum*) non può essere considerato un ordinamento chiuso, impermeabile rispetto all'affermarsi del potere imperiale. Anzi, indipendenza e potere creativo del magistrato giusdicente si svuotano poco a poco.

L'aspetto più significativo di queste ricerche sta nel portare alla luce la coesistenza e l'osmosi tra forme processuali dell'*ordo iudiciorum*, segnate dalla centralità del potere pretorio, e forme *extra ordinem*, progressivamente disciplinate dalla normazione imperiale, anche da prescrizioni particolari, che si riferiscono a casi singoli e valgono come *exempla*. L'ipostasi che è sottintesa nelle parole "diritto imperiale" rischia di far credere (ancora una superstizione) che si tratti di una sfera normativa organizzata secondo criteri generali, riconoscibile, nuova nei contenuti, mentre è soltanto un insieme di atti normativi che intervengono in contesti eterogenei e non rispondono ad una logica comune. Io stesso ho tratto dai suggerimenti di Orestano la persuasione che molte testimonianze dei giuristi nel secondo e nel terzo secolo, riguardanti il concreto funzionamento del processo civile, debbano essere lette tenendo presente la convivenza tra le forme di origine repubblicana e quelle imperiali, che è anche

([86]) *Op. cit.*, p. 230.

([87]) L. RAGGI, *La "restitutio in integrum" nella "cognitio extra ordinem"*, Milano 1966.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interazione. L'articolo del '63 si conclude con un cenno alle ragioni storiche che spiegano la così detta "codificazione" dell'editto, nella prima metà del secondo secolo d.C., quindi in un'epoca di ancor larga applicazione del diritto pretorio. La stesura di un testo definitivo dell'editto, disposta dall'imperatore Adriano, risulta infatti più comprensibile, secondo Orestano, se inquadrata in uno svolgimento storico che conosceva da tempo "una certa ingerenza del principe nel regolare dall'alto l'attività pretoria".

In questa immagine per più versi inedita, di una sovrapposizione e di una mescolanza di poteri, gioca ancora l'idea che le forme giuridiche seguono i fatti, che cambiano con essi. Insomma, per capire le vicende giuridiche serve una rappresentazione dinamica. Essa abitua a descrivere i profili contraddittori e l'instabilità del diritto. Mentre certamente un pregiudizio di tipo sistematico era implicito nell'idea tradizionale, presente anche in molte pagine di Riccobono, che il diritto pretorio e il diritto imperiale fossero due mondi separati: due sostanze, due anime diverse.

10.- Continuo a seguire i molti fili che tengono insieme le ricerche condotte a termine da Orestano e le ipotesi di lavoro che esse suggerivano. Poi vi erano i testi pazientemente raccolti, gli accostamenti soltanto abbozzati, le scoperte, le nuove letture.

Mi tornano alla mente momenti di vita, domande, problemi da affrontare. Egli è stato per molti di noi e per lunghi anni un maestro sereno, perfino più volte un sostegno psicologico. Ma la sua ricerca e la sua vicenda umana erano percorse da profonde tensioni emotive. La sua vita è stata attraversata da dolori aspri.

Infine, la malattia. Io rammento le sue sofferenze degli ultimi anni: il lavoro che egli voleva a tutti i costi continuare (la nuova edizione della *Introduzione*, tutta attentamente rielaborata, e poi l'ultimo libro, che non fece in tempo a vedere stampato, dal titolo *L'edificazione del giuridico*). Ogni giorno era segnato da una dura disciplina intellettuale; come se egli camminasse con fatica lungo sentieri angusti e sempre più ardui, per conquistare uno spazio sia pure limitatissimo allo studio ed alla scrittura.

La scomparsa oggi — come la malattia prima — lo allontanano da noi. E tuttavia lo sentiamo vicino per le cose che ci ha dato, che sono molte. Per le parole scritte e dette. Per le ore passate insieme.

Anzi, io credo che un modo giusto e laico di ricordarlo sia fare il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possibile (tutto quanto è in noi) perché le immagini di vita che abbiamo in mente e che ritroviamo, aprendo un suo libro o tornando col pensiero ad un episodio vissuto assieme, non siano scalfite dal distacco. Non formulo dunque un commiato. Mi viene invece di ripetere a lui le parole antiche di Seneca a Lucilio: la loro serena affermazione di una identità che non si smarrisce. *Mors ad te venit: timenda erat si tecum esse posset; set necesse est aut non perveniat aut transeat.* ([88]). La morte viene verso di te: sarebbe da temere se potesse restare con te; invece, o non arriva ancora, oppure — se ti raggiunge — subito passa oltre.

([88]) Seneca, *Ep. ad Lucilium* 4, 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALFRED DUFOUR

Hommage au professeur Michel Villey (1914-1988)

Professeur émérite de l'Université de Paris II - Panthéon, où il avait enseigné de 1961 à 1985 l'histoire de la philosophie du droit, et rédacteur en chef des *Archives de philosophie du droit*, Michel Villey, l'une des figures de proue de la réflexion philosophique française sur le droit, s'est éteint près de Paris le 24 juillet 1988. Sa forte personnalité et sa vaste culture historique et philosophique lui avaient permis de donner des années durant un enseignement qui n'a pas seulement suscité un nouvel essor de la philosophie du droit comme de l'histoire de la pensée juridique dans les pays francophones, mais qui s'est encore prolongé dans l'institution à Paris d'un *Centre de philosophie du droit* au rayonnement international.

Né en 1924 à Caen, le professeur Michel Villey était le fils du célèbre historien et critique littéraire Pierre Villey, spécialiste de Montaigne, et le petit-fils du philosophe spiritualiste Emile Boutroux. Elève de Louis Halphen, de Pierre Petot et de Gabriel Le Bras, Michel Villey sera dès lors à la fois historien et philosophe du droit. Il sera tout d'abord *historien du droit*, puisqu'au terme de ses études de lettres et de droit à l'Université de Caen, lauréat du Concours général des Facultés de Droit de 1934, il entreprend la rédaction d'une thèse d'histoire du droit qu'il défendra en 1942. Le titre en est déjà significatif: «La Croisade — Essai sur la formation d'une théorie juridique».

Sa thèse couronnée aussi bien par la Faculté de Droit de Paris que par l'Académie française, Michel Villey devait alors suivre la voie classique de la carrière académique: l'agrégation en 1945, puis la Faculté de Droit à Nancy, à Saïgon, enfin à Strasbourg, où il devait enseigner, avant son appel à Paris, l'histoire de la philosophie du droit jusq'en 1961. C'est précisément à Strasbourg que Michel Villey

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se tourna définitivement vers la philosophie du droit. Car c'est sans aucun doute *la philosophie du droit* qui constitue l'axe majeur de son oeuvre scientifique. A la tête, 30 ans durant, des *Archives de philosophie du droit* et titulaire pendant près d'un quart de siècle de la chaire d'histoire de la philosophie du droit de la Faculté de Droit de l'Université de Paris II - Panthéon, Michel Villey s'y est illustré par une série de travaux allant de l'analyse de la philosophie juridique antique à la critique de la pensée juridique moderne. Parmi ses principales publications, il faut relever à ce sujet ses:

— *Leçons d'Histoire de la philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, 1957 (rééd. 1962).

— *Seize essais de philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, 1969.

— *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976 (rééd. 1984).

— *Philosophie du Droit*, tome I: *Définitions et fins du droit*, Paris, Précis Dalloz, 1975 (4e éd. 1986); tome II: *Les moyens du droit*, Paris, Précis Dalloz, 1979 (2e éd. 1984).

— *Le Droit et les droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1983.

— *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, Paris, PUF, 1987.

Mais Michel Villey n'est pas seulement l'auteur d'une *oeuvre marquante* de la réflexion juridique contemporaine qui embrasse, dans une double perspective historique et philosophique, tous les domaines du droit, de la propriété et des contrats aux Droits de l'Homme, en passant par le droit pénal et celui de la famille. Michel Villey a été encore, en effet, à l'origine de deux monuments mondialement connus: d'une part, la nouvelle série des *Archives de Philosophie du Droit* qu'il a dirigées comme rédacteur en chef, pendant trois décennies, avec une attention remarquable à tous les courants de la pensée juridique contemporaine; d'autre part, le *Centre de Philosophie du Droit* de l'Université de Paris II, aux séminaires duquel il a su, année après année, inviter des représentants des horizons les plus divers de la réflexion juridique de notre temps.

La pensée juridique de Michel Villey n'est pas pour autant une pensée éclectique ou syncrétique: elle apparaît tout au contraire singulièrement typée, se rattachant au grand courant de la *philosophia perennis*.

D'abord, à l'ère du soupçon, qui voit fleurir les pensées réductrices, explicatrices du Droit par les mécanismes socio-écono-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

miques ou les schémas psychanalytiques, elle met en effet en évidence l'*irréductible solidarité* existant entre le *Droit* et la *Philosophie*. «La réflexion philosophique, écrit Michel Villey dans son *Précis de Philosophie du Droit*, est l'instrument irremplaçable du progrès du Droit.»

Ensuite, à l'inverse des modes parisiennes du prêt à penser d'origine germanique ou anglo-saxonne, la pensée de Michel Villey n'a cessé de se présenter avec une insistance frappante comme une *critique radicale de la pensée juridique moderne*, pour en dénoncer en particulier le volontarisme et l'individualisme responsables à son sens des positivismes comme des totalitarismes contemporains.

Ce faisant, par un paradoxe qui a échappé à nombre de ses censeurs, la pensée de Michel Villey, loin de procéder d'une attitude de type sacral-augustiniste, voire d'une théologie chrétienne du Droit, prend enfin sa source dans la philosophie du droit naturel classique d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin, qui pose les jalons intellectuels d'un modèle laïc de pensée juridique, concevant le Droit comme un art: celui de déterminer ce qui revient à chacun selon les lumières de la seule raison.

La singularité comme la solidité de ces positions n'ont jamais empêché l'homme de foi qu'était Michel Villey d'être l'homme de l'échange, l'homme de conviction d'être celui du dialogue. Telle est l'image qu'il laisse à ses élèves comme à ses collègues, aux membres du Présidium de l'Association internationale de philosophie du Droit, comme aux participants des Colloques d'histoire et de philosophie du Droit de ces derniers lustres, que ce soit — ainsi que s'en souviennent bien ses collègues italiens — sur le thème de la Seconde Scolastique, comme à Florence en 1972, sur le thème de la sécularisation et du Droit moderne, comme à San Miniato en 1980, ou sur le thème des forces nouvelles dans la formation du Droit, comme à Rome en 1987. C'est qu'en lui n'ont cessé de coexister avec le croyant l'historien expert en humanité et le philosophe en quête de vérité.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CLOVIS DO COUTO E SILVA

Pontes de Miranda

Mort, il y a exactement dix ans, à l'âge de 86 ans, Pontes de Miranda travaillait encore, avec la même énergie manifestée tout au long de sa vie, à l'élaboration de son oeuvre. Qui n'aurait lu aucun de ses innombrables livres sur tous les domaines du droit, pourrait penser au décès d'un autre juriste de talent, comme il y en a tant dans le monde. La figure de Pontes de Miranda est pourtant des plus singulières. Et son oeuvre, dans les domaines du droit privé et public, a inspiré, outre les enseignements magistraux, les décisions de nos tribunaux. De par l'extraordinaire vigueur logique de ses exposés, ses conclusions ont presque toujours prévalu dans les cas où l'interprétation se révélait incertaine ou difficile.

Qu'il nous soit permis d'affirmer que ses opinions étaient reçues comme étant la meilleure interprétation dans les domaines du droit civil, commercial, de la procédure civile, du droit constitutionnel et international privé. Ses oeuvres scientifiques démontrent une érudition remarquable, car il connaissait, dans toutes leurs minuties, le droit européen des XIX^{me} et XX^{me} siècles, principalement les droits allemand, italien et français, sans oublier, cela va de soi, le droit portugais.

Son ouvrage le plus important est le *Traité de Droit Privé,* qui compte 60 tomes et est sans doute l'ouvrage juridique le plus étendu et le plus érudit jamais écrit par une seule personne, comme l'a fait remarquer Mario Losano dans un travail sur l'Ecole de Récife. Á ce sujet, Pontes de Miranda affirme ceci: "Le plan m'est venu en 1930.Quelques matières, représentant 20 tomes environ, furent étudiées et rédigées simultanément à mon approche d'autres sujets. Quelques chapitres datent de 1930 et de 1932, alors que je me trouvais en Europe; les autres furent écrits aux Etats-Unis d'Amérique, en 1942-43. Avant qu'ils ne fussent publiés, je mis tous mes efforts,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aux fins de les mettre à jour, dans la lecture de livres récents et des principaux articles de revues".

Le premier tome du *Traité de Droit Privé* fut publié en 1953, le dernier, le numero 60, sortit des presses en 1970. L'oeuvre analyse l'histoire de chacun des concepts fondamentaux du droit privé, les soumettant à une critique rigoureuse et en détachant l'essentiel pour comprendre le système actuel du droit privé brésilien.

Il nous est impossible d'analyser toutes les originalités que la pensée de Pontes de Miranda investit dans le *Traité de Droit Privé*. Un tel examen produirait un ouvrage dont l'extension se rapprocherait de l'oeuvre en question. C'est pourquoi il nous semble important de souligner sa rigueur scientifique, résultant de sa formation mathématique et de ses liens avec le "Cercle de Vienne", ainsi que des expériences retirées de la vie pratique, non seulement à titre d'avocat et de magistrat, mals aussi de ses activités de commentateur, le plus important qu'il nous ait été donné de connaître.

Notre droit privé, en particulier le civil, présente des particularités, car il n'a guère subi l'influence du Code Civil napoléonien, ni celle du Code Civil allemand.

Durant un espace de temps qui a duré plus de 300 ans, le Portugal — et, jusqu'en 1916, le Brésil — était régi par les Ordonnances Philippines, un ensemble de précepts qui réglementaient le noyau du droit privé. Ces Ordonnances furent complétées par des lois promulguées au fil des années; leurs innombrables lacunes furent comblées, dans un premier temps, par les gloses d'Accurse et de Bartole, qui furent adoptées comme le droit en vigueur, du moins jusqu'en 1769, lorsque fut promulguée la Loi de la Bonne Raison, et plus tard, par l'orientation législative de Nations cultivées.

En étant ainsi, le Code Civil brésilien ne rompt pas avec le droit antérieur, mais le systématise, lui apportant une figure moderne et différente, tirant profit, à cette fin, des diverses consolidations préalablement réalisées. Ces consolidations législatives possédaient un caractère privé et constituaient des systématisations indispensables à la compréhension du droit en vigueur, en particulier les Ordonnances et les lois postérieures à celles-ci.

À l'époque où Pontes de Miranda effectua ses études à la Faculté de Droit de Récife, les Ordonnances Philippines étaient encore en vigueur. Bien avant la fin du siècle, de par l'influence de Tobias Barreto, les études du droit germanique proliféraient; et, dans le domai-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne du droit civil, régnait la pandectistique, comme nous le montrent les ouvrages de doctrine des juristes de l'époque en particulier Clovis Beviláqua, auteur du Code Civil brésilien qui fut aussi professeur de Législation Etrangère à la Faculté de Droit de Récife.

Il y eut donc un apport doctrinaire du droit allemand, sans qu'il puisse être avancé qu'il y eut un apport législatif, puisque les fondements du Code Civil brésilien peuvent être localisés dans les solutions présentées par les propres Ordonnances et dans le système d'ebauche du Code Civil brésilien élaborée par Teixeira de Freitas, dans laquelle était prévue une partie générale, et ce bien avant la rédaction du Code Civil allemand.

L'apport théorique que nous avons mentionné nous a laissé les modèles de l'acte juridique, de l'efficacité des faits juridiques comme différant de l'invalidité, les notions de droit subjectif, de prétention et d'action, dans leur sens matériel, et des droits potestatifs, parmi tant d'autres.

L'adoption de ces concepts a reçu une large contribution de Pontes de Miranda, dans des ouvrages de Droit Civil antérieurs au *Traité de Droit Privé*, tels que le *Traité de Droit de la Famille* et le *Traité de Droit Foncier*. Après avoir été refoundus et resystématisés, le *Traité de Droit de la Famille,* composé de 3 tomes, et celui de Droit Foncier, comptant 5 tomes, sont devenus des parties intégrantes du *Traité de Droit Privé*. Il serait faux, cependant, de croire que la fonction de Pontes de Miranda fut la simple transposition au droit brésilien de catégories du droit allemand reprises dans les auteurs les plus en vue à l'époque. En réalité, il procéda à un examen quasiment exhaustif, si nous pouvons nous exprimer ainsi, de la science juridique de son temps, à la lumière des traités, commentaires et monographies les plus connus, ainsi que de l'analyse des innombrables théses de doctorat cataloguées dans sa bibliothèque privée, laquelle appartient aujourd'hui à la Cour Suprême Fédérale. Par cet examen, il revit des orientations, releva des divergences, ne cessa de remettre à jour d'innombrables voies doctrinaires qui semblaient avoir été abandonnées et avaient disparu dans les temps. L'analyse de tous ces ouvrages aux simples fins de vérification de leurs apports au droit justifierait largement le travail accompli. Mais, comme il connaissait profondément l'histoire du droit, en particulier le portugais à l'époque des Ordonnances, il lui fut permis de signaler leurs aspects doctrinaires et pratiques hautement importants et de mettre en évi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dence des accords presque imperceptibles entre la doctrine européenne et le droit brésilien.

Il pourrait être avancé que son oeuvre est prolixe, du type encyclopédique, sans système, ne consistant même que dans une juxtaposition de positions d'auteurs passés et actuels. Bien au contraire, son analyse a révélé, d'une façon synthétique, des voies très souvent nouvelles et originales, qu'il a développées tout au long de son oeuvre. D'entre tous les exemples que nous pourrions citer, un seul suffit pour appuyer les affirmations avancées: la parfaite distinction des plans d'existence, de validité et d'efficacité des faits juridiques. Cette distinction logique a permis de systématiser, avec des subtilités aux réflexes pratiques et importants, toute la théorie des faits juridiques, quand nous savons que, encore aujourd'hui, nombre d'auteurs souffrent beaucoup pour distinguer clairement l'existence des faits juridiques et leur efficacité.

Deux aspects furent fondamentaux dans la formation de Pontes de Miranda; le fait d'avoir été avocat et magistrat, et celui d'avoir aussi été ambassadeur. En tant que magistrat et avocat, il eut l'occasion d'analyser le droit de façon concrète; comme ambassadeur, il lui fut donné de fréquenter les meilleures bibliothèques et d'acquérir les livres nécessaires à la mission qu'il s'était proposée. Il est curieux qu'il n'ait jamais enseigné, surtout si l'on reconnaît le niveau scientifique de son oeuvre, niveau jamais atteint par d'autres juristes brésiliens. Ajoutons à cela que personne ne l'a dépassé comme jurisconsulte, fait découlant de l'adoption de ses idées par la jurisprudence.

Il n'avait pas pour habitude de rédiger des articles pour les revues juridiques. Il s'est consacré de manière intégrale à la composition d'ouvrages très longs dans les domaines que nous avons mentionnés, et, surtout, dans ce qui peut être considéré l'ouvrage de sa vie, le *Traité de Droit Privé*. Il avait sans doute perçu très clairement le besoin d'exposer les principales disciplines juridiques de façon à contribuer au perfectionnement juridique de son pays, eu égard à la modernisation de la législation dans les droits privé et public.

Un aspect important qui nous permet de le considérer comme le premier de nos "Rechtshonoratioren", selon la typologie de Max Weber, vient du fait que les tribunaux brésiliens, contrairement aux italiens ou aux français, utilisaient souvent les opinions doctrinaires pour fonder leurs sentences. Il serait intéressant de réaliser un relevé nous permettant de vérifier les innombrables sentences qui ont

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adopté ses opinions aux fins de décision. Si un tel relevé devait être fait, il ne fait aucun doute qu'il serait démontré que, dans les questions importantes, son opinion fut prise en considération ou même adoptée. Cette particularité qu'ont les sentences de citer les opinions et de les discuter devrait fournir, si l'analyse suggérée plus haut était realisée, une mesure exacte de son importance hors-du-commun dans le monde juridique de ses contemporains. Ajoutons à cela qu'il existe, entre nous, des sentences qui ressemblent à des monographies, dans lesquelles sont abordées les opinions d'auteurs nationaux ou étrangers, dans la mesure où l'adoption d'une solution correcte le rend nécessaire.

Ce critère est employé par tous les tribunaux du Brésil, y compris la Cour Suprême Fédérale, ce qui nous facilite la tâche de mesurer l'importance des opinions doctrinaires manifestées. L'aspect le plus important, résultant d'une longue tradition brésilienne, en est que les opinions d'auteurs nationaux et étrangers peuvent servir de fondements à leurs décisions.

C'est un peu comme s'il existait une espèce de nouveau "droit commun", qui n'est pas accepté per les seuls professeurs dans leurs cours de faculté, mais aussi par les tribunaux dans leurs sentences. Dix ans après sa mort, bien que les procédures aient été modifiées, où les juges ne formulent plus leur décision par écrit, mais oralement et enregistrée, et bien qu'il y ait une informatisation de la doctrine et de la jurisprudence, les positions qu'il adopta nous semblent extrêmement importantes, tant aujourd'hui qu'avant, pour les solutions adoptées dans les sentences et pour les travaux académiques.

Malgré tout cela, Pontes de Miranda ne serait-il, principalement dans le *Traité de Droit Privé*, qu'un juriste de la "Begriffsjurisprudenz? Une réponse négative fut apportée très tôt par Pontes de Miranda. Dans le Manuel de Paulo de Lacerda dans lequel il écrivit les chapitres relatifs à la responsabilité civile, il se pose, à un certain moment, la question de la valeur de la dite "jurisprudence des concepts". Il rejette l'idée que ce soit la meilleure façon de comprendre le droit, car le fait de ne raisonner qu'avec des concepts, utilisant une espèce de "généalogie des concepts", revient à écarter le droit de la réalité pratique et ne constitue donc pas une méthode adequate.

C'est une chose que de rechercher le perfectionnement des concepts juridiques et c'en est une autre de penser que le raisonnement

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

purement conceptuel suffit à résoudre les problèmes concrets du droit. La formation de Pontes de Miranda, non seulement comme avocat et magistrat mais aussi comme sociologue — il écrivit plusieurs livres sur ce sujet —, lui interdirait d'adhérer à la jurisprudence des concepts.

Il n'en a pas été différement de la propre philosophie, puisque, le siècle dernier, la préoccupation avec l'histoire de la terminologie philosophique fut très importante, ce qui ne fut pas le cas du droit, où il reste encore à écrire une histoire de la terminologie juridique.

En somme, les analyses effectuées par Pontes de Miranda, suivant une longue tradition brésilienne d'étude des idées des auteurs nationaux et étrangers, ne se sont pas résumées à un simple apport doctrinaire, puisque les concepts furent adaptés à la pratique brésilien, de sorte que nos juristes n'oublient pas de les mettre à profit. Et, de tous les livres de Pontes de Miranda, il ne fait aucun doute que le *Traité de Droit Privé* a été l'ouvrage le plus important dans la formation du droit privé brésilien moderne. Il n'est pas rare d'entendre l'affirmation selon laquelle il réalisa un ouvrage que toute une génération n'avait pu mener à bien et il est bien vrai qu'il n'existe aucun jurisconsulte de son temps qui puisse lui être comparé quant à la qualité et à l'extension de ses connaissances. Ce fait est plus que prouvé par la large adoption de ses idées par la jurisprudence de nos tribunaux.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

PAOLO GROSSI, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

AUGUSTO CERRI, *Marsilio e Rousseau, teorici di una "chiusa" democrazia cittadina* 13

GIUSEPPE DUSO, *La rappresentanza politica e la sua struttura speculativa nel pensiero hegeliano* 43

LA DIMENSIONE GIURIDICA

BARTOLOMÈ CLAVERO, *Codificación y constitución: paradigmas de un binomio* 79

CLOVIS DO COUTO E SILVA, *Le droit civil brésilien-aperçu historique et perspectives d'avenir* 147

PAOLO GROSSI, *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi* 171

PAOLO GROSSI, *"Il coraggio della moderazione" (Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)* 197

NELSON SALDANHA, *A teoria do "poder moderador" e as origens do direito político brasileiro* 253

MONICA TORALDO DI FRANCIA, *Per un corporativismo senza corporazioni: "Lo Stato" di Carlo Costamagna* 267

FIGURE DELL'ESPERIENZA

PAOLO GROSSI, *"Dominia" e "Servitutes" (Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)* 331

GIUDITTA BRUNELLI, *Alle origini dei limiti alla libertà di associazione politica. Giurisprudenza e prassi di fine Ottocento* 395

LETTURE

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte — III Bd., (U. Santarelli) 543

M. KNELLWOLF, *Zur Konstruktion des Kaufs auf Probe* (K. Luig) 546

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo* (P. Costa) 550

R. SCHNUR, *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates* (P. Cappellini) 553

S. ROWAN, *Ulrich Zasius. A Jurist in the German Renaissance 1461-1535* (D.R. Kelley) 558

La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile (A. Giuliani) 561

I Sinodi diocesani di Pio IX (1860-1865) (G.B. Varnier) 567

G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *The Life and Work of Gerard Noodt (1647-1725)* (M. Stolleis) 570

Segnalazioni 575

A PROPOSITO DI ...

BARTOLOMÈ CLAVERO, *Del estado presente a la familia pasada (a proposito de estudios acerca de la "Famiglia aristocratica" así como también de la "Familia Mediterránea")* 583

LUCA MANNORI, *Tocqueville critico di Macarel* (a proposito di: *Anna Maria* BATTISTA, *Studi su Tocqueville)* 607

ALBERTO MASSERA, *Santi Romano tra "diritto pubblico" e "ordinamento giuridico"* (a proposito di: *Santi* ROMANO, *Il diritto pubblico italiano)* 617

BERNARDO SORDI, *L'illecito dello Stato: un problema di "estetica del pensiero"* (a proposito di: *Hans* KELSEN, *L'illecito dello Stato)* 633

BERNARDO SORDI, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato* (a proposito di: *Hermann* HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato)* 643

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del "Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno" nell'anno 1988/89 671

MASSIMO BRUTTI, *Antiformalismo e storia del diritto-Appunti in memoria di Riccardo Orestano)* 675

ALFRED DUFOUR, *Hommage au Professeur Michel Villey* 731

CLOVIS DO COUTO E SILVA, *Pontes de Miranda* 735

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del diciottesimo «Quaderno»

Augusto CERRI
Prof. Ordinario di Diritto costituzionale — Università di Trieste

Giuseppe DUSO
Prof. Associato di Storia della filosofia politica — Università di Padova

Bartolomé CLAVERO
Catedràtico de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

Clovis do COUTO E SILVA
Catedràtico de Direito civil — Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Paolo GROSSI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Firenze

Nelson SALDANHA
Prof. Adjunto de Filosofia do Direito — Universidade de Pernambuco

Monica TORALDO DI FRANCIA
Ricercatrice di Filosofia morale — Università di Firenze

Giuditta BRUNELLI
Dottore di ricerca in Diritto Costituzionale — Università di Ferrara

Umberto SANTARELLI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Pisa

Klaus LUIG
Ord. Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte — Universität Köln

Pietro COSTA
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano — Università di Firenze

Paolo CAPPELLINI
Prof. Ordinario di Diritto comune — Università di Ferrara

Donald R. KELLEY
Professor of History — University of Rochester (U.S.A.)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alessandro GIULIANI
Prof. Ordinario di Filosofia del diritto — Università di Perugia

Giovanni B. VARNIER
Prof. Ordinario di Diritto canonico — Università di Urbino

Michael STOLLEIS
Ord. Professor für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte — Universität Frankfurt am Main

Luca MANNORI
Prof. Associato di Storia del diritto italiano — Università di Trento

Alberto MASSERA
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo — Università di Macerata

Bernardo SORDI
Ricercatore di Storia del diritto italiano — Università di Firenze

Massimo BRUTTI
Componente del Consiglio Superiore della Magistratura - Prof. Ordinario f.r. di Diritto romano — Università di Roma I

Alfred DUFOUR
Prof. Ordinaire d'Histoire du droit et des institutions — Université de Genève

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano